Ueber die

Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente

und

einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Friedrich Elsas,

Referendar aus Barmen.

Barmen.

D. B. Wiemann's Buchdruckerei.

1901.

Ueber die

Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente

und

einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Friedrich Elsas,

Referendar aus Barmen.

Barmen.

D. B. Wiemann's Buchdruckerei.

1901.

Meiner Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0054

Disposition.

A. Einleitung

B. I. **Allgemeiner Teil.**

1. Verschiedenheit der rechtlichen Natur der Geschäfte.
   a) vom historisch-formellen
   b) vom kritisch-dogmatischen
   } Gesichtspunkte.
2. Die allgemeine Stellung und Mitwirkung der Ehegatten an den Geschäften.

II. **Besonderer Teil.**

Unterschiede:

1. in den Errichtungs- und Wirksamkeitserfordernissen.
   Es werden betrachtet:
   a) formelle Erfordernisse,
   b) persönliche Erfordernisse,
   c) zeitliches Verhältnis der Wirksamkeitserfordernisse überhaupt zu einander.
2. In dem Inhalt:
   a) Weite des Inhalts überhaupt,
   b) der Ursprung der Verfügungen: die Verfügenden,
   c) die Richtung der Verfügungen: die Bedachten,
   d) das gemeinschaftliche Testament und der gemeinschaftliche Erbvertrag: die korrespektiven bezw. vertraglich zusammenhängenden Verfügungen.
3. In den Wirkungen:
   a) die erbrechtliche Wirkung,
   b) die übrigen Wirkungen:
      α) auf die Verfügungsfreiheit von Todeswegen,
      β) auf die Verfügungsfreiheit unter Lebenden.
4. In den Unwirksamkeitsgründen:
   a) nicht rechtsgeschäftliche, d. i. Nichtigkeit infolge von:
      α) Mängeln in der Willenserklärung selbst,
      β) Nichtigkeit der Ehe,
      γ) Zeitab'auf.

b) rechtsgeschäftliche Aufhebungsgründe:
- α) Aufhebung durch einseitiges Rechtsgeschäft,
  - $\alpha\alpha$) allgemeine rechtsgeschäftliche Handhaben zur Beseitigung von Rechtswirkungen gültiger Thatbestände überhaupt:
    1. Widerruf,
    2. Rücktritt,
    3. Anfechtung:
       a) durch die Verfügenden selbst,
       b) durch die Erbinteressenten,
  - $\beta\beta$) neue einseitige Verfügungen von Todeswegen.
- β) Aufhebung durch zweiseitige homogene Verfügungen von Todeswegen.

Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag stellen sich als Formen eines rechtsgeschäftlichen Zusammenwirkens zweier Personen zur Ordnung der Verhältnisse nach ihrem Tode dar.

Wunsch und Bedürfnis, in dieser Weise gemeinsam von Todeswegen zu verfügen, haben demgemäß zumeist solche Personen, die auch im Leben eng miteinander verbunden sind. Da sind es denn auch in erster Linie Ehegatten, für welche derartige Formen gemeinschaftlicher Verfügung von Todeswegen bestimmt sind und in Hinsicht auf die jene Institute auch ihre besondere Ausprägung und Entwickelung erfahren haben.

Wiewohl beide Geschäfte sich ihrem juristischen Namen nach in charakteristischer Weise unterscheiden, so kommen sie doch in den ausgestalteten Formen, welche ihnen das objektive Recht gegeben hat, besonders in den bezeichneten Anwendungsfällen, in vielen Punkten einander so nahe, daß es als eine gerechtfertigte Aufgabe erscheinen muß, einmal ihre Unterschiede und Abweichungen ins Auge zu fassen. — Einige historische Andeutungen mögen als Ausgangspunkt dieser Untersuchung dienen.

a) Das römische Recht[1]) hat von je einer Person unter gewissen persönlichen Voraussetzungen, die rechtliche Macht zuerkannt, über das Schicksal ihres Nachlasses, d. h. des bei ihrem Tode vorhandenen Vermögens zu bestimmen, einen Nachfolger in dasselbe zu berufen und damit den Eintritt der gesetzlichen Erben zu verhindern. Das Charakteristische einer solchen Verfügung war, daß sie bis zum Tode des Verfügenden frei widerruflich blieb[2]).

[1]) Dernburg, Pand. Bd. III § 66. S. 124.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. III. S. 125.

Wenn auch in Rom wahrscheinlich nicht sehr verbreitet, so war es dann noch Nichts dem römischen Recht fremdes oder gar zuwiderlaufendes, daß mehrere Personen zusammen in einem Testierakte ihre „letzte Willen" erklärten. Während in der justianianischen Kodifikation[1]) diese sog. gemeinschaftlichen Testamente allerdings nur bei den Soldatentestamenten erwähnt werden[2]), finden sie durch die Novelle Val. III Tit. 20 §§ 3 und 4 allgemeine Anerkennung.[3]) Dagegen hat das römische Recht weder gemeinschaftliche Testamente mit rechtlich-relevanter Beziehung ihres wechselseitigen Inhaltes, sog. korrespektive Testamente[4]), anerkannt, noch hat es geduldet, daß sich jemand in seinen Verfügungen von Todeswegen vertragsmäßig anderen Personen gegenüber band, weil man darin etwas Unsittliches erblickte (l. 61 D. 45, 1)[5]), kurz: die sog. Erbverträge, die kontraktliche Berufung in den Nachlaß war dem römischen Rechte fremd.

b) Das deutsche Recht[6]) ging noch weiter als das römische Recht und verbot anfänglich sogar letztwillige Verfügungen. Aber man half sich angesichts dieses Verbotes einmal durch Affatomie, ein Institut allerdings, welches nur demjenigen offen stand, der keine Leibeserben hatte, sodann aber besonders durch sog. Vergabungen von Todeswegen, indem man schon bei seinen Lebzeiten sein ganzes Vermögen bezw. einzelne Vermögensstücke durch Einräumung der Gewere auf diejenigen Personen, die man zu bedenken wünschte selbst oder auf Dritte, sog. Salmannen oder Treuhänder übertrug, unmittelbar darauf aber sich für seine Lebenszeit zurückgewähren ließ. Indem nun später die Uebertragung bei Lebzeiten fortfiel und ein gerichtlicher

---

[1]) l. XIX c. de pactis (2, 3).

[2]) Dernburg, l. cit. Bd. III. S. 191. Anm. 5.

[3]) Dernburg. l. c.

[4]) Dernburg, l. c. S. 191.

[5]) Dernburg, l. c. S. 259.

[6]) Für das Flgde. stützt sich Verfasser auf Stobbe, Deutsches Privatr. Bd. V. S. 278 fg. Gerber-Cosack Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. III, S. 239.

Vertrag an deren Stelle trat, durch den man ein Warterecht einräumte, war der Erbvertrag in seiner typischen Form erschienen, noch ehe die letztwillige Verfügung eine allgemeine Anerkennung gefunden hatte; insbesondere hat er sich aus den gegenseitigen Vergebungen von Todeswegen auf die bezeichnete Weise entwickelt. Durch die Praxis, vorzüglich unter dem Einflusse der romanistischen Wissenschaft weitergebildet[1]), hat er nach Dernburg[2]) gemeinrechtliche Geltung erlangt, während Stobbe[3]) nur eine partikularrechtliche anerkennt. In den Rechtsquellen des 15. Jahrhunderts wird er wegen seiner beschränkten Widerruflichkeit als ein „Zwitterding zwischen Testament und Vertrag“[4]) behandelt; seine Anwendung ist vorwiegend auf Ehegatten beschränkt.

Die letztwillige Verfügung dagegen, das Testament, gelangte, obwohl schon in manchen Volksrechten, so l. Burg. 60 erwähnt, nach der herrschenden Meinung erst mit der Rezeption des römischen und kanonischen Rechtes zur Aufnahme. Die zweiseitige Vergebung von Todeswegen kleidete sich, wie in Erbvertrags- so auch in Testamentsform und gestaltete sich so zum gemeinschaftlichen Testament, das vorzugsweise für Ehegatten bestimmt war und von diesen umsomehr angewendet wurde, als ihnen nach manchen Rechten, so insbesondere den Kodifikationen des 15. Jahrhunderts, die Errichtung von Einzeltestamenten versagt war. „Deutsche Rechtssitte“[5]) schuf nun auch die korrespektiven gemeinschaftlichen Testamente, d. h. solche, die sich je nach ihrer inneren Abhängigkeit wechselseitig im Bestande bedingen. — Was nun die neuere Rechtsentwickelung betrifft, insbesondere die großen Kodifikationen der letzten Jahrhunderte, so war der Erbvertrag „nach allen bisherigen Rechten unbeschränkt zugelassen“[6]) — nur im französischen Rechte

[1]) Dernburg, l. c. § 126 I S. 259.
[2]) Dernburg, l. c. § 126 I S. 259.
[3]) Stobbe, l. c. Bd. V S. 277.
[4]) Stobbe, l. c.
[5]) Dernburg, l. c. S. 190, 191.
[6]) Cosack, l. c. Bd. II, Abt. III, S. 665,4.

war er nur unter Verlobten, und zwar in Verbindung mit einem Ehevertrag gestattet —, während die einzelnen Gesetzgebungen dem gemeinschaftlichen Testamente gegenüber eine sehr verschiedene Stellung einnahmen, indem sie es teils unbeschränkt zuließen, so das Gemeine Recht[1]), teils gänzlich ausschlossen, so das Französische Recht, teils wie das A. L.-R.[2]) nur Ehegatten gewährten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch nun hat, der bisherigen Rechtsentwickelung folgend, den Erbvertrag ebenfalls unbeschränkt zugelassen, das gemeinschaftliche Testament dagegen im Anschlusse an das Preußische Recht auf Ehegatten beschränkt, so daß in Zukunft praktische Anwendungsfälle von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament nur noch auf der Grundlage eines ehelichen Verhältnisses der Subjekte sich gegenüber treten werden. Wir haben also, wenn wir die Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testament und einem von Ehegatten geschlossenen Erbvertrage untersuchen wollen, gemäß Obigem auf der einen Seite ein Institut in seinem ganzen Umfange, das gemeinschaftliche Testament, auf der anderen Seite dagegen nur einen speziellen Anwendungsfall, den Erbvertrag unter Ehegatten, der als solcher nur vereinzelt, unter besonderen Regeln steht; es folgt hieraus für den Umfang unserer Darstellung, daß auch solche Unterschiede behandelt werden müssen, die nichts Besonderes gerade des Erbvertrages unter Ehegatten, wohl aber des Erbvertrages überhaupt sind, und so im Gegensatz zu entsprechenden Normen des gemeinschaftlichen Testaments stehen. Außerdem aber werden auch solche Punkte mit in die Darstellung einzubeziehen sein, die sich zwar am Ende nicht als unterschiedlich im Gesetz geregelte darstellen, immerhin aber doch bestritten, zweifelhaft oder unklar sind.

[1]) Dernburg, l. c. S. 191.
[2]) A. L.-R. I, 12. § 614.

I. Allgemeiner Teil.

I. Rechtliche Natur der Geschäfte.

§ 1. a) Vom historischen, formellen Gesichtspunkte aus.

In einer eventl. Verschiedenheit der rechtlichen Natur müßte das wichtigste und tiefgreifendste Unterscheidungsmerkmal der fraglichen Geschäfte, die Grundlage aller einzelnen Abweichungen erblickt werden und darum werden wir uns auch zunächst längere Zeit mit der Untersuchung ihres allgemeinen Charakters zu befassen haben. Wir sprachen von einem eventuellen Unterschiede und wollten damit andeuten, daß eine Verschiedenheit gedachter Institute in ihrem innersten Wesen, ihrem erbrechtlichen Gehalte, keineswegs allgemein anerkannt wird. Das B. G. B. hat sich nämlich jeder ausdrücklichen Entscheidung hierüber enthalten. Sogar eine bloße Begriffserklärung hat es nur für den Erbvertrag gegeben, während es beim gemeinschaftlichen Testamente selbst den Begriff als gegeben voraussetzt, und zwar haben wir nun nach der Legaldefinition des § 1941 unter einem Erbvertrag ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches der Erblasser einen Erben einsetzt, sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnet, ein Geschäft von Todeswegen ferner, durch welches nicht nur der andere Vertragsschließende, sondern auch Dritte bedacht werden können. Das B. G. B. hat in dieser Definition absichtlich jede Andeutung über die rechtliche Konstruktion des Erbvertrages vermieden, um es, wie es die Motive Bd. V, S. 311 sagen, der Wissenschaft anheimzustellen, „aus den gegebenen Vorschriften die Konstruktion zu begründen.“ [1]) Trotz der Fülle

[1]) Bei der erschöpfenden Regelung, welche der Erbvertrag im B. G. B. gefunden hat, dürfte die ganze Streitfrage für die Praxis von nur untergeordneter Bedeutung sein. Denn für die Anwendung der gegebenen Normen verschlägt es nichts, ob man sich den Erbvertrag so oder so konstruiert denkt und auch da, wo etwa Fälle auftreten sollten, die das objektive Recht nicht vorgesehen hat, wird man von den bestehenden Vorschriften seinen Ausgang nehmen müssen, so daß

von einzelnen Normen aber, die das B. G. B. für den Erbvertrag gegeben hat, kann man sich, wie ein Blick in die einschlägige Litteratur zeigt, über den rechtlichen Charakter des Erbvertrages nicht einig werden, und so setzt sich denn die alte Kontroverse, wie sie früher in den Zeiten des Gemeinen Rechts bestanden hat, wenn auch teilweise in etwas veränderter Gestalt, in das B. G. B. fort. Im Wesentlichen streitet man sich auch heute noch darum, ob der Erbvertrag ein wahrer, materieller Vertrag sei, oder ob er bloß als eine modifizierte Form des Testamentes angesehen werden müsse. Während so die rechtliche Natur des Erbvertrages verschieden beurteilt wird, ist das Wesen des gemeinschaftlichen Testamentes im Großen und Ganzen unbestritten.

Nach der übereinstimmenden Meinung der Rechtsgelehrten[1]) stellt dieses lediglich die äußere formelle Verbindung der Testamente zweier Personen in einem Testamentsakte dar, wo hingegen ein innerer Konnex der beiden Verfügungskomplexe, trotzdem er in der Mehrzahl der Fälle besteht, als ein für das gemeinschaftliche Testament wesentliches und notwendiges Begriffsmerkmal nicht gelten und deshalb auch für die Konstruktion des Institutes als solchen nicht verwertet werden darf. Da mithin das gem. T. in seiner einfachsten Form zu Grunde zu legen ist, so muß jeder Versuch, von der Untersuchung des korrespektiven Testamentes aus zur juristischen Analyse des ganzen Institutes zu gelangen, als verfehlt erscheinen. Denn das korrespektive Testament ist, was in Gestaltung und Anordnung der Lehre im Bürger-

ein Zurückgehen auf die rechtliche Natur des Erbvertrages kaum jemals erforderlich sein wird. Die Kontroverse hat daher für das B. G. B. mehr wissenschaftliche als praktische Bedeutung. Anders mochte es im Gemeinen Rechte gewesen sein, wo der Erbvertrag vorwiegend auf schwankenden und unsicheren gewohnheitsrechtlichen Normen beruhte.

[1]) Löwenwald, die gem. T. im B. G. B, S. I fg.; die Auffassung von Heck, der das gem. T. als einen Erbvertrag in Testamentsform ansieht, steht zu vereinzelt da, als daß in ihr eine beachtenswerte Opposition erblickt werden müßte. S. Hendrichs, Rost. Diss. 1901, Heck, Manuskr. § 268, 6.

lichen Gesetzbuch besonders deutlich hervortritt, begrifflich lediglich eine Unterart des gemeinschaftlichen Testamentes. Schon von diesem allgemeinen Gesichtspunkte aus muß daher die Auffassung Heck's, der die besonderen juristischen Eigenschaften, welche er beim korresp. gem. T. entdeckt zu haben glaubt, auf das Institut als solches überträgt, verworfen werden, ganz abgesehen davon, daß die Gleichstellung eines korresp. gem. T. mit einem Vertrage schon an und für sich als unzutreffend bezeichnet werden muß.[1])

[1]) Denn da die korrespektiven Verfügungen grundsätzlich frei widerruflich bleiben (s. unten) und die Verfügenden nur in der Wahl der Aufhebungsform beschränkt sind, so fehlt die jedem echten Vertrage eigentümliche Bindung und Fixierung der Willensinhalte. Darin besteht doch gerade das Wesen eines Vertrages, daß ein einer Rechtswirkung fähiger Entschluß einer Person zufolge Annahme durch den Gegner (beim synallagmatischen Vertrage wird diese Annahme durch ein Gegenversprechen ersetzt) dem Einflusse einer Willenswandlung des Erklärenden entzogen wird und nunmehr Rechte auf Realisierung bezw. wenn der Entschluß bereits unmittelbare Rechtswirkungen hervorgebracht hat, auf Erhaltung dieser Rechtswirkungen begründet werden. Der Entschluß wird im Augenblicke des Vertragsschlusses von seinem Motiv losgerissen, es tritt damit eine in gewissem Sinne abstrakte Bindung ein. — Gegen die Vertragsnatur des gem. korr. T. spricht sodann aber auch der Umstand, daß die Verfügungen nicht empfangsbedürftig sind. Daß die Ehegatten sich vorher regelmäßig verständigt haben müssen, wenn sie korr. Verfügungen treffen, steht dem nicht entgegen; denn es kommt ja hierfür lediglich auf den Errichtungsakt selbst an. Wenn aber das korresp. T. nicht schon von vornherein, nämlich bei Lebzeiten beider Teile, Vertrag ist, dann kann auch die nach dem Tode des einen für den überlebenden Ehegatten mit der Annahme des ihm Zugewendeten eintretende Bindung keine vertragsmäßige sein. — Die Anwendung der „Bedingung" auf das gedachte Verhältnis ist zwar an sich nicht widersinnig, aber doch in Bezug auf die positive Gestaltung der Lehre im B. G. B. ebenfalls ungerechtfertigt. Die „Bedingung" hätte doch eine bewußte, wenn auch stillschweigende Vereinbarung im Einzelfalle zur Voraussetzung. Daß eine solche aber durchaus nicht erforderlich ist, geht u. E. unzweifelhaft aus der allgemeinen Fassung des § 2290 hervor. — Ebenso unbefriedigend wie die erwähnten sind nun auch alle anderen Versuche, das Wesen der Korrespektivität innerlich, juristisch zu begreifen. Der letzte Grund ist hier eben in positiven Vorschriften zu suchen, die ihrerseits wieder auf unabweisbaren Forderungen des allgemeinen Rechtsbewußtseins und Billigkeitsgefühls beruhen.

Da beim gemeinschaftlichen Testamente das rechtsgeschäftliche Zusammenwirken der Ehegatten zu keinem materiell einheitlichen und neuen, besonders gearteten Thatbestande führt, so trägt das gemeinschaftliche Testament auch den Charakter seiner Bestandteile notwendig an sich, d. h., es ist seinem rechtlichen Wesen nach eine Summe letztwilliger Verfügungen. Allerdings werden wir später sehen, daß die Gemeinschaftlichkeit der Form unter Umständen, nämlich für den Fall eines inneren Zusammenhanges, eine Bindung der Ehegatten an ihre Verfügungen bewirkt, die das gemeinschaftliche Testament auch der Wirkung nach vom gewöhnlichen Testamente unterscheidet und es äußerlich einem Vertrage nahebringt.[1]) Diese Bindung aber darf, wie wir sahen, nicht als Konsequenz des rechtsgeschäftlichen Grundcharakters, sondern lediglich als Ausfluß einer Billigkeitsrücksicht aufgefaßt werden, die der Gesetzgeber angesichts des thatsächlichen Ineinandergreifens der einzelnen Verfügungen und des ehelichen Treueverhältnisses üben zu müssen glaubte.

Wie bereits angedeutet, kommen für den Erbvertrag, wenn wir von den vermittelnden Zwischenmeinungen, die vereinzelt aufgestellt worden sind, absehen, zwei scharf entgegengesetzte Meinungen in Betracht, die von der Wissenschaft durch die Schlagwörter Testamentstheorie einerseits, Vertragstheorie andererseits gekennzeichnet sind. — Die Vertragstheorie sieht, wie schon der Wortlaut bedeutet, den Erbvertrag als ein materiell und formell einheitliches Geschäft an; sie verwirft die Anschauungsweise, wonach das Charakteristische des Erbvertrages in der Begründung einer rein obligatorischen Verpflichtung für den Erblasser, so oder so zu verfügen und bei seiner Verfügung stehen zu bleiben, erblickt werden muß und wonach eine einseitige, erbrechtliche Verfügung des Erblassers, also ein Testament den Kern des Erbvertrages bildet. Folgerichtig weist sie daher auch dem Erbvertrage neben dem Testament einen ebenbürtigen Platz in der Reihe

[1]) Vgl. Dernburg, l. c. S. 191, 1: „Dennoch liegt in ihnen ein Vertragselement".

der Delationsgründe an. Die Vertragstheorie war die ursprüngliche, im Anfang des vorigen Jahrhunderts herrschend gewesene Anschauungsweise und ist von Beseler, der in seiner berühmten „Lehre von den Erbverträgen“[1]) zuerst der rechtlichen Natur des Erbvertrages näher trat, begründet worden.[2])

Die Testamentstheorie leugnet, wie der Wortlaut andeutet, die Einheitlichkeit und Selbständigkeit des Erbvertrages. Sie zerlegt ihn, wenigstens in der Formulierung, welche ihr Hartmann gegeben hat, in zwei, materiell zu sondernde und selbständige rechtsgeschäftliche Elemente; den eigentlich wirksam erbrechtlichen Kern des ganzen Geschäftes bildet nach ihr eine, auf dem einseitigen freien Willen des Erblassers beruhende Verfügung von Todeswegen, ein eigentliches Testament; was dem Ganzen einen vertragsähnlichen Charakter verleiht und die Gegner dazu verführt, das ganze Geschäft als einen Vertrag aufzufassen, ist ein nebenherlaufendes, allerdings zweiseitiges Geschäft,[3]) durch welches der Erblasser auf den Widerruf dieser seiner Verfügung der anderen, diesen Widerruf, und zwar lediglich diesen annehmenden Partei gegenüber verzichten. Die Testamentstheorie oder Theorie des Doppelgeschäfts, wie sie wohl auch genannt wird, trägt romanistische Färbung, indem sie das auf deutschem Boden erwachsene, dem römischen Rechte völlig fremde Institut des Erbvertrages nach römischen Rechtsanschauungen zu beurteilen sucht.[4]) Aufgestellt und

---

[1]) Beseler, l. c. II, 1 S. 118 fg.

[2]) Die Vertragstheorie hat überhaupt ihre Anhänger vorzüglich unter den Germanisten gefunden, so insbesondere Stobbe, Gerber-Cosack u. a.; indeß bekennen sich auch bedeutende Romanisten, wie Windscheid und Dernburg, zu ihr.

[3]) Hartmann, l. c., S. 10.

[4]) Das Bestreben, deutschrechtliche Institute mit römischem Maßstabe zu messen, war besonders charakteristisch für die Anhänger des römischen Rechts zur Zeit der Rezeption; man erdrückte damit teilweise die Individualität solcher Rechtsgebilde und fand Konstruktionen, die ihrem wahren Wesen nicht immer vollständig gerecht wurden. Hier sei nur an die Auffassung der Reallasten als servitutes iuris Germanici, die Auffassung des ehemännlichen Nießbrauches als ususfructus maritalis erinnert.

begründet wurde sie denn auch von einem Romanisten, Hartmann, der mit seinen, in dem berühmten Buche „Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten" niedergelegten Ausführungen der bis dahin herrschend gewesenen Beseler'schen Vertragstheorie zuerst gegenüber trat.

Hartmann's[1]) Zweifel an der einheitlichen, vertraglichen Natur des ganzen Erbvertrages knüpfen an die Frage an, ob aus ihm denn überhaupt für den Vertragserben gegenüber dem Testamentserben irgend welche besondere erbrechtliche Stellung resultiere und wenn man dies bejahe, welcher Art denn ein „solches Recht" sei? In Erörterung dieser Frage nun sucht Hartmann nachzuweisen, daß dem Erbvertrage die gedachte Wirkung nicht zukomme, sondern daß Testaments- und Vertragserbe sowohl bei Lebzeiten als auch nach dem Tode des Erblassers sich in gleicher rechtlicher Lage befänden. Denn „unmittelbare und gegenwärtige Rechte" kämen ja auch dem Vertragserben gemäß dem erbrechtlichen Inhalte des Geschäftes nicht zu. Daraus folgert nun Hartmann, daß der Erbvertrag auch nicht ein einheitlicher Vertrag und somit ein besonderer Delationsgrund sein könne und kommt dann auf diesem Wege dazu, das vertragsmäßige Element der Bindung des Erblassers von der Verfügung selbst scharf zu trennen und in ein besonderes Geschäft, den sog. „Widerrufsverzicht" zu verlegen. Dieser Widerrufsverzicht erscheint ihm dann als eine selbstgewollte Beschränkung in der Testierfreiheit. In Konsequenz dieser Theorie kommt also für den Erbvertrag in scharfer Sonderung doppeltes Recht zur Anwendung; die Verfügung steht ganz unter dem Rechte der letztwilligen Verfügungen überhaupt, die äußerlich, formell damit untrennbar verbundene Nebenabrede dagegen ist den Bestimmungen über bindende Verträge unterworfen.

Was nun die Litteratur zum B. G. B. betrifft, so hat sich hier allerdings der Dualismus der Meinungen, wie er fürs Gemeine Recht charakteristisch war, insofern etwas

[1]) Hartmann, l. c., S. 4 fg.

verwischt, als von einzelnen Seiten abweichende Auffassungen geltend gemacht worden sind, die sich weder der Vertragsnoch der Testamentstheorie einordnen lassen. Immerhin bilden aber auch heute noch jene beiden Anschauungsweisen die Pole der ganzen Streitfrage, obwohl sich bei der großen Anzahl von Kommentaren und Monographieen schwer beurteilen läßt, welche der Theorieen die vorherrschende ist. Beide haben ihre Vertreter unter anerkannten Autoritäten der Rechtswissenschaft gefunden. Die Vertragstheorie wird zumeist von Schiffner in dem Buche: „Der Erbvertrag nach dem Bürg. Gesetzbuch" vertreten; zu ihren Anhängern zählen ferner noch Strohal,[1]) Frommhold,[2]) Matthiass[3]) und neuerdings noch Plauck (Komm. z. B. G. B., Lief. 17) und Kipp (Windscheid's Pand. Bd. III, S. 316 ff.), während unter den Vertretern der Testamentstheorie Hellwig[4]) und Endemann[5]) hervorragen. Um selbst zu den Theorieen Stellung zu nehmen, wenden wir uns einer kritisch-dogmatischen Prüfung derselben zu.

§ 2. b) Dogmatische Untersuchung der Theorieen und ihrer Grundlagen.

Ein fast von allen Gegnern der Vertragstheorie gemeinsam erhobener, von Hartmann übernommener Einwand gegen diese stützt sich auf die auch von den Gegnern anerkannte Thatsache, daß dem Vertragserben durch den Erbvertrag ein unmittelbares, gegenwärtiges und „wirkendes" Recht am Vermögen des Erblassers nicht erworben werde; dies zugegeben, so schließen sie, müsse man dann aber dem Erbvertrag den Charakter eines wahren Vertrages absprechen. Gleich diese Deduktion ist u. E unrichtig, und zwar scheint ihre Mangelhaftigkeit darin zu liegen, daß sie von einem allzu engen Vertragsbegriffe ausgeht. Die so folgern, denken

[1]) Das deutsche Erbr. I, S. 198 II.
[2]) Komment. z. B. G. B. I, S. 246, 2a.
[3]) Lehrb. des bürgerl. Rechts II, S. 360.
[4]) Verträge auf Leistungen an Dritte, S. 597 fg.
[5]) Einführg. ins B. G. B. II, S. 242 fg.

an den dinglichen, den obligatorischen und wohl auch an den familienrechtlichen Vertrag, und da diesen Verträgen samt und sonders unmittelbare rechtliche Geschäftswirkungen eigen sind, so gewinnen die Gegner aus der Abstraktion von diesen Verträgen einen allgemeinen Vertragsbegriff, dem allerdings der Erbvertrag sich schwerlich einordnen läßt; denn, daß dieser wie jene unmittelbare Rechtswirkungen hervorbrächte, kann doch seines erbrechtlichen Inhaltes wegen nicht behauptet werden. Wir meinen aber, daß man aber durch nichts berechtigt oder gezwungen ist, nur dingliche, obligatorische und familienrechtliche Verträge anzuerkennen und schon durch die Merkmale dieser einzelnen Erscheinungsformen den abstrakten Vertragsbegriff zu bestimmen. Wir sind vielmehr der Ansicht, daß der Vertrag als eine allgemeine Rechtsform über das ganze System des Privatrechts verbreitet ist und ein rechtliches Institut darstellt, in dessen Begriffsbestimmung nichts weiteres aufgenommen werden darf als: Rechtliche Einigung verschiedener selbständiger Willen, gerichtet auf rechtliche Wirkung irgend welcher Art überhaupt. Wann, wie und in welcher Form diese Wirkungen dann sich äußern, erscheint uns als etwas Spezielles, Sekundäres, das von dem Wesen des betreffenden Rechts abhängt, auf dessen Existenz oder Nichtexistenz der Vertrag abzielt. Die gegenteilige Auffassung Jacobis[1]) von dem Wesen des Vertrages macht jedoch eine Auseinandersetzung mit diesem Schriftsteller und eine besondere Begründung der vom Verfasser vertretenen Meinung notwendig. — Jacobi nämlich verwirft die dargelegte Auffassung und will, indem er sich dafür auf das allgemeine Rechtsbewußtsein und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens beruft, den Vertragsbegriff auf das synallagmatische obligatorische Kausalgeschäft beschränkt wissen. Alle anderen Geschäfte, welche zu ihrer Gültigkeit der Annahme seitens eines anderen bedürfen, insbesondere auch der einseitige, obligatorische „Vertrag" seien im Bewußtsein des Volkes so

[1]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 35 S. 1 fg.

wenig als vom rechtsgeschichtlichen Standpunkte aus als Verträge aufzufassen: sie seien vielmehr einseitige Verfügungen einer Person, an denen der andere „Vertragschließende" keinen Teil habe, die er bloß entgegennehmen könne. Von diesem Gesichtspunkte aus will denn Jacobi auch die bisher übliche Einleitung der Geschäfte in einseitige und zweiseitige durch die Einteilung in einseitig verpflichtende und gegenseitig verpflichtende, d. h. Verträge in seinem Sinn ersetzt wissen.[1]) — An diesen Ausführungen ist zunächst zu bemängeln, daß sie volkstümliche Rechtsvorstellungen und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens in einer abstrakt wissenschaftlichen Frage entscheiden lassen wollen.[2]) Hier ist vielmehr, wie überall, wo die Ermittelung und Feststellung juristischer Begriffe in Frage steht, einzig und allein die logische Durchdenkung und wissenschaftliche Analyse des konkreten Stoffes unter weitgehender Berücksichtigung historisch-rechtswissenschaftlicher Entwickelung maßgebend Das Rechtsbewußtsein und die Rechtsvorstellungen des Volkes sind de lege ferenda thunlichst zu berücksichtigen, wo es sich um materielle Normen und hergebrachte Einrichtungen handelt, sie dürfen keine Berück-

[1]) Aber selbst zugegeben, daß nur das obligatorisch, wechselseitig verpflichtende Causalgeschäft Vertrag sei, so würde sich damit noch keineswegs die von Jacobi vorgeschlagene Einteilung rechtfertigen, denn sie paßt nur auf die, allerdings wichtigste Klasse von Rechtsgeschäften, nämlich auf die obligatorischen, während die übliche Einteilung alle möglichen Arten von Rechtsgeschäften umfaßt. — Außerdem aber empfiehlt sich die fragliche Einteilung nicht einmal für die obligatorischen Geschäfte; denn mag auch richtig sein, was übrigens keineswegs allgemein anerkannt wird, daß das deutsche Recht unbedingt die verpflichtende Kraft des einseitigen Versprechens anerkannt hat, — den heutigen Anschauungen und unserem heutigen positiven Rechte, in welchem nach dieser Richtung hin romanistische Prinzipien zur Geltung gelangt sind, entspricht das nicht.

2) Abgesehen hiervon erscheinen ethymologische Untersuchungen, wie sie Jacobi anstellt, obwohl sie wichtige rechtsgeschichtliche Aufschlüsse geben können, für die Ermittelung des heutigen Sprachgebrauchs ungeeignet. Wie oft hat nicht ein Wort seinen ursprünglichen Sinn geändert?

sichtigung finden, wo die Ausprägung und Entwickelung allgemeiner, abstrakter Rechtsbegriffe in Frage stehen. Hier hat vielmehr ausschließlich die Wissenschaft zu reden, deren Aufgabe es ist, das mehr oder minder unbewußte Thatsächliche des Rechtslebens zu untersuchen und aus dem Konkreten und Besonderen die allgemeinen Prinzipien abzuleiten und so auf eine Vereinheitlichung des ganzen Stoffes hinzuarbeiten. Von diesen Gesichtspunkten aus muß denn auch der Vertragsbegriff bestimmt werden. — Das einfachste Element aller „Verträge“ — und darunter wollen wir einstweilen mit Jacobi nur die wechselseitig verpflichtenden Causalgeschäfte fassen — ist aber die Willensvereinigung der beteiligten Subjekte zwecks Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs. Dieses einfachste Element hat die Wissenschaft ergriffen, um auf ihm den Vertragsbegriff aufzubauen. Sie erkennt das Wesentliche in der, die Gestaltung irgend welchen, der Privatwillkür unterworfenen Rechtszustandes bezweckenden Zusammenschlusses zweier selbständiger Willen und streift die Begründung wechselseitiger, obligatorischer Verpflichtung als etwas Zufälliges von dem allgemeinen Begriffe ab. Das obligatorische synallagmatische Causalgeschäft erscheint ihr nicht als die Urform selbst, sondern als spezielle, konkrete Erscheinungsform des Vertrages auf schuldrechtlichem Gebiete und dies muß selbst dann gelten, wenn das positive Recht andere Formen von Verträgen nicht als solche anerkennen will. So aber und nur so, läßt sich auch der Erbvertrag, ganz abgesehen von seiner positiven Gestaltung im objektiven Recht, dem Begriff des Vertrages überhaupt anordnen; denn auch er ist auf rechtliche Wirkung gerichtete Willenseinigung, obwohl er sich allerdings, was seine Wirkungen selbst betrifft, darin von allen übrigen Verträgen unterscheidet, daß jene, dem Wesen der Erbrechte entsprechend, nicht unmittelbar, sondern von dem Zeitpunkte des Vertragsschlusses als solchem stets unabhängig, mit dem Tode der im Vertrage verfügenden Person frühestens eintreten können. Der Erbvertrag ist also nichts grundlegenden Rechtsbegriffen Zuwiderlaufendes, sondern, rein theore-

tisch betrachtet, zwar eigentümlich gestaltete und einzige, aber doch wahre und echte Erscheinungsform des Vertrages auf erbrechtlichem Gebiete. Mit dieser Feststellung aber entfällt jener auf abstrakt-dogmatische Bedenken gestützte Einwand, welchen die Gegner gegen die theoretische Möglichkeit eines „Erbvertrages" erheben.

Nun aber ist es eine andere Frage, ob die Auffassung des Erbvertrages im Sinne eines materiell einheitlichen Geschäftes auch dem Willen und Geiste der Bestimmungen des B. G. B. entspricht, denn „aus den gegebenen Vorschriften" gilt es „die Konstruktion zu begründen." Für diejenigen, welche schon aus allgemeinen Gesichtspunkten die Annahme eines Erb-Vertrages verwerfen, ist allerdings mit dieser Entscheidung auch jene Frage erledigt. Sie müßten ja an ihrer Theorie festhalten, selbst wenn der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Bestimmung die rechtliche Konstruktion festgelegt hätte; ihre speziellen Argumente können daher unter den gegebenen Umständen bei dem Fehlen jeder Andeutung nur bezwecken, die Uebereinstimmung des Gesetzgebers mit ihnen zu beweisen.

Da beruft sich nun Hellwig, um darzuthun, daß der Gesetzgeber selbst den Erbvertrag im Sinne der Testamentstheorie sich konstruiert denkt, zunächst auf den Wortlaut der §§ 1941 und 2278. In beiden Paragraphen sei ausdrücklich nur von einer, die erbrechtliche Seite setzenden Willensthätigkeit des erblassenden Teiles die Rede, woraus also deutlich hervorgehe, daß die Willenserklärung der anderen Partei an die Verfügung selbst nicht heranreiche, soweit nicht vordringe. Nun heißt es ja allerdings ausdrücklich: „Der Erblasser kann einsetzen," „jede Partei kann Verfügungen von Todeswegen treffen;" aber, wenn Hellwig daraus den angegebenen Schluß zieht, so beachtet er nicht, daß bei den meisten zweiseitigen Geschäften, bildlich gesprochen, eine derartige Verteilung der Rollen stattfindet, wie sie ja doch nur durch jene Ausdrücke bezeichnet werden soll. Denn darin, daß zwei verschiedene Handlungen zusammentreffen, liegt ja gerade das Wesen des Vertrages.

Dies tritt besonders deutlich da hervor, wo die Rechtsform des Vertrages dem Ausgleiche wirtschaftlicher Interessen dient, also bei den zweiseitigen wirtschaftlichen Verträgen, wie Kauf, Miete etc. Bei allen diesen Geschäften wirken verschiedene wirtschaftliche Tendenzen gegeneinander, alle zielen auf entgegengesetzte Leistungsakte hin, was dann in der verschiedenen Bezeichnung der von den Parteien abgegebenen Erklärungen und ihrer Handlungsinhalte juristisch entsprechenden Ausdruck findet. Nicht minder gilt das Gesagte aber auch von den einseitigen obligatorischen Verträgen, wie beispielsweise der Schenkung. Nur der Schenker „schenkt", „verfügt" und der andere Teil muß sich darauf beschränken, die Verfügung zu ergreifen. Berücksichtigen wir die in Wirkung und Inhalt hervortretende Verschiedenheit des Erbvertrages, so kann nicht auffallen, wenn der Gesetzgeber entsprechend beim Erbvertrage sagt: „Der Erblasser setzt ein", selbst erwogen, daß eine Erbeseinsetzung auch einseitig erfolgen kann und zwar gewöhnlich so geschieht, während Entsprechendes bei den übrigen Geschäften nicht der Fall ist. Im Zusammenhang mit diesen Ausführungen ist es aber auch verständlich, wenn der Gesetzgeber an die persönlichen Fähigkeiten der Erklärenden gemäß der inhaltlichen Verschiedenheit und subjektiven Bedeutsamkeit ihrer Erklärungen verschiedene Anforderungen stellt, wenn er insbesondere beim Erbvertrage auf der Seite des verfügenden Teiles, dessen Erklärungen ja wegen ihrer Unwiderruflichkeit noch weit bedeutsamer und schwerwiegender sind als beim Testament, mehr erfordert wie bei dem anderen Teil, der durch seine Annahmeerklärung grundsätzlich seine Rechtslage (s. jedoch die späteren Ausführungen) nicht verschlechtern kann. Daß dies einer einheitlichen Konstruktion widerstreiten soll, wie Hellwig l. c. S. 600 III meint, vermögen wir nach dem Obigen nicht einzusehen. — Gleiches wie von § 1941 läßt sich auch von der Ausdrucksweise des § 2278 sagen. Denn Verfügung ist ein besonderer rechtsgeschäftlicher Begriff, dessen Gegensatz zu anderen Rechtsgeschäften, die nicht Verfügungen sind, sich mit dem Gegen-

satz von einseitigen und zweiseitigen Geschäften kreuzt, nicht aber deckt, insofern Verfügung lediglich einen bestimmten Handlungsinhalt, eine bestimmte rechtsgeschäftliche Funktion einer Person resp. einer Partei bezeichnet, ohne jedoch etwas über das Rechtsgeschäft zu sagen, dessen Gegenstand eben dieser Handelsinhalt bildet.[1]) Ein einseitiges Rechtsgeschäft braucht nämlich nicht Verfügung zu sein, oder besser gesagt, braucht nicht eine Verfügung zu enthalten, (Anfechtung, Kündigung), ein zweiseitiges Geschäft kann eine Verfügung enthalten; so verfügt bei der Tradition, die doch nach der herrschenden Meinung als Vertrag gilt, nur der Tradent, nicht der, dem die Sache tradiert wird. — Wortlaut und Fassung der §§ 1941 und 2278 scheinen also in dieser Beleuchtung nichts für Hellwigs Meinung und somit auch nichts gegen die Vertragstheorie zu beweisen. U. E. bietet vielmehr § 1941, von anderen Gesichtspunkten aus betrachtet, Anhaltspunkte für die Vertragstheorie. Einmal ist doch das beigefügte, durch „Vertrag" beachtlich; wird dadurch nicht gerade das innige Verhältnis zwischen Erbeinsetzung und Vertrag ausgedrückt und die Annahme eines Doppelgeschäftes direkt ausgeschlossen? — Hätte der Gesetzgeber die Meinung Hellwigs geteilt, so würde er, um irrige Auffassung auszuschließen, haben sagen müssen: „Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß er durch Vertrag einer anderen Person gegenüber auf den Widerruf dieser Erbeinsetzung verzichtet." Er hätte sich keinesfalls so ausdrücken dürfen, wie er es gethan hat. — Dann aber spricht für uns ferner auch der Vergleich mit § 1937, wo es heißt: „Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todeswegen (Testament, letztwillige

[1]) Eine Verfügung liegt nur dann vor, wenn das betreffende Rechtsgeschäft die Vermögenslage der verfügenden Person unmittelbar verändert oder doch zu verändern geeignet ist. (Dies mit Rücksicht auf die Beifügung einer Bedingung.) Da die Verfügung somit stets bereits vorhandene Vermögensgegenstände betreffen muß, so liegt sie nicht vor, wenn jemand durch ein Rechtsgeschäft ein Forderungsrecht gegen sich begründet.

Verfügung den Erben bestimmen.“ Hiernach erscheinen bei dem im Uebrigen gleichen Wortlaute der Bestimmungen Erbvertrag und Testament als vollkommen ebenbürtige und gleichwertige Gegensätze. Beide werden dadurch als selbständige Delationsgründe hingestellt, so daß es nicht angängig ist, in beiden Fällen das Testament als das eigentlich wirksame, dem Geschäfte erst erbrechtlichen Inhalt und Färbung verleihende Element anzusehen.

Auch die Widerlegung des von Eccius[1]) und den Motiven[2]) gegen die Theorie des Doppelgeschäftes erhobenen Einwandes erscheint uns bei Hellwig[3]) als durchaus nicht zwingend. Die Motive, die sich wohl zur Vertragstheorie bekennen, machen nämlich gegen die gegnerische Auffassung mit Eccius geltend, daß sich der Widerrufsverzicht als rein obligatorischer Vertrag darstellen müsse, daher absolute, geradezu dingliche Wirkungen in dem Sinne nicht äußern könne, daß spätere letztwillige Verfügungen des Erblassers, welche die vertragsmäßigen beeinträchtigen, von selbst unwirksam würden; der Verzicht könne vielmehr nur obligatorische Wirkungen äußern, was dann mit § 2289 in Widerspruch stände. Statt nun die durch letztgenannte Bestimmungen getroffene Regelung mit den Konsequenzen seiner Auffassung in Einklang zu bringen, begnügt sich Hellwig mit der bloßen Berufung auf die positive Bestimmung, wonach einmal dem Erbvertrage die direkte Wirkung zukäme. Um die Unrichtigkeit dieser Auffassung und die Unzulänglichkeit dieser Verteidigung darzuthun, brauchen wir nur einen Augenblick bei dem Wesen des obligatorischen Vertrages zu verweilen. Charakteristisch für diesen ist nämlich, daß er stets nur persönliche Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtssubjekten schafft, auf die Herbeiführung eines zukünftigen rechtlichen Ruhestandes abzielt und seine Aufgabe erschöpft, indem er die Erreichung eines rechtlich relevanten Zweckes sicher stellt. Der obligatorische Ver-

[1]) Förster-Eccius, Pr. Privatr. IV, § 247.
[2]) Mot. l. c. S. 311/2.
[3]) Hellwig, l. c. S. 599.

trag kann daher diesen Zweck niemals selbst und unmittelbar durch eigene Kraft erfüllen, sondern bedarf hierzu stets eines bestimmten Realisationsaktes.[1]) Die Setzung objektiver Werte und Rechtslagen kann daher vom schuldrechtlichen Vertrage immer nur mittelbar bewirkt werden. Unmöglich kann deshalb auch ein obligatorischer Vertrag die Wirkungen äußern, die das Gesetz dem Erbvertrage beilegt. Ein solcher könnte für den Fall, daß der Erblasser durch neue Verfügungen die älteren vertragsmäßigen beeinträchtigen würde, lediglich eine persönliche Klage auf Beseitigung der betreffenden Verfügung hervorbringen, niemals aber in der Art wirken, daß die späteren, eben deshalb, weil sie den von der Obligation umstrikten Verfügungen entgegenliefen, ipso iure gar nicht zu rechtsgültiger Existenz kommen könnten. Diese Erwägung nötigt uns also zu der Auffassung, daß der Erbvertrag jeglichen obligatorischen Elementes ermangelt und damit wäre dann eine neue, allerdings zunächst nur negative Stütze für die Vertragstheorie gewonnen.

Mit Hellwig stimmt nun Endemann insofern überein, als auch er die Vertragstheorie verwirft, obgleich er sich im Gegensatz zu dem ersteren Schriftsteller in seinen Ausführungen mehr auf dem Boden abstrakter und allgemeiner Erwägungen bewegt und positiv zu einer, wenigstens formal abweichenden Auffassung gelangt. Auch Endemann glaubt die Annahme einer ihrem Wesen nach echt vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen deshalb ablehnen zu müssen, weil keine unmittelbaren Rechtswirkungen in Form gegenwärtiger Rechte des Vertragsbedachten am Vermögen des Erblassers von ihr ausgehen. Während aber Hartmann und ihm folgend Hellwig aus dieser Erwägung heraus dazu gelangen, die Unwiderruflichkeit und bindende Kraft des Erbvertrages auf ein nebenher laufendes obligatorisches Geschäft zurückzuführen, hält Endemann äußerlich an der einheitlichen Konstruktion fest, indem er das Charakteristische des Geschäftes in der formellen Seite erblickt. Die Gleich-

[1]) Eine besondere Stellung nehmen in dieser Hinsicht die Unterlassungsobligationen ein.

stellung des Erbvertrages mit einem Vertrage, so meint er, sei nur eine formale; was dem Ganzen ein vertragsähnliches Gepräge gäbe, sei nur die Form des Abschlusses und die durch die Unwiderruflichkeit eintretende Bindung. Aber giebt Endemann damit nicht thatsächlich zu, daß der Erbvertrag ein wahrer Vertrag ist? Denn, was in aller Welt sollte denn eine rechtswirksame, einseitige, nicht bindende, von einer rechtswirksamen, zweiseitigen und bindenden Erklärung anders unterscheiden als gerade die Form des Abschlusses und die durch die Unwiderruflichkeit eintretende Bindung? Daß wir auf dem schuldrechtlichen Gebiete des heutigen[1]) objektiven Rechts einem derartigen Dualismus der Form für den gleichen Inhalt und Zweck nichts Entsprechendes zur Seite stellen können, darf uns ja nach den obigen Ausführungen hierbei nicht beirren. Sehen wir von dem faktisch abweichenden Resultate und dem Zugeständnisse ab, welches Endemann durch die zitierten Behauptungen der Vertragstheorie wider seinen Willen macht, so beruhen auch seine Ausführungen, soweit wir sie bisher erörtert haben, auf einer aus Bedenken abstrakt-dogmatischer Natur hergeleiteten prinzipiellen Ablehnung der theoretischen Möglichkeit des Erbvertrages überhaupt. Zur weiteren Begründung dieser Auffassung weist Endemann sodann darauf hin, daß es beim Erbvertrag an der Verbindung zweier sich gegenüberstehenden Interessensphären[2]), einem wesentlichen Kriterium eines materiellen Vertrages fehle; der beim Erbvertrage dem Erblasser gegenüberstehende Vertragsgegner wolle weder durch seine Annahmeerklärung einen unmittelbaren Anspruch für sich erwerben, noch unterwerfe er sich selbst der bindenden Wirkung des Vertrages. Die erste dieser Einwendungen erledigt sich ohne weiteres, wenn man nur überhaupt die Möglichkeit eines Erbvertrages anerkennt. Wenn Endemann sodann behauptet, daß der Vertragsgegner

---

[1]) Eine schwache Analogie auf schuldrechtlichem Gebiete bietet etwa das Verhältnis von pollicitatio und Schenkung im römischen Rechte.

[2]) Endemann, l. c. S. 245. Anm. 18.

sich nicht der bindenden Wirkung des Erbvertrages unterwerfe, so kann man ihm entgegenhalten, daß er dann auch einer Reihe anderer Geschäfte, so besonders der Schenkung, den Charakter materieller Verträge absprechen muß, oder liegt die Sache beim Schenkungsversprechen etwa anders? Wird hier der Beschenkte wohl in irgend einer Weise gebunden oder wie sollte sich sonst die bindende Wirkung auf ihn miterstrecken, wie Endemann es meint?

Wenn Endemann endlich behauptet, die Gegenpartei erkläre nicht einmal ihre Annahme, wie es doch der Beschenkte thue[1]) so ist dies mit Rücksicht darauf, daß er das Vertragsähnliche des Erbvertrages gerade in der Form des Abschlusses und in der aus der Willenseinigung[2]) eintretenden Bindung erblickt, schon von seinem Standpunkte aus wenig verständlich, ganz abgesehen davon, daß diese Behauptung auch objektiv vollkommen unbegründet sein dürfte. Denn woraus wollte Endemann wohl entnehmen, daß der Erbvertrag in gedachter Hinsicht von der Schenkung abweicht? Aus positiven Vorschriften doch gewiß nicht, ebensowenig aber legt auch die Terminologie des Gesetzes eine solche Auffassung nahe. Auf die Natur der in Vergleich gezogenen Geschäfte läßt sich Endemanns Behauptung ebenfalls nicht stützen. Denn warum die dem Erblasser gegenüberstehende Partei, zumal wenn sie selbst bedacht wird, weniger interessiert sein sollte, die Verfügung des Erblassers anzunehmen, als der vielleicht nur unter einer sehr entfernten Bedingung Beschenkte die Schenkungsofferte, ist schlechterdings nicht einzusehen. Es ist also u. E. wohl unbegründet, die Stellung der Gegenpartei dahin zu charakterisieren, daß man sie als bloße „Formperson" ansieht, die nur dazu da ist, den Willen des Erblassers festzuhalten und „die Unwiderruflichkeit rechtlich zu begründen, die einer

[1]) Endemann, l. c. S. 245. Anm. 18.

[2]) Denn wie könnte sonst das Vorliegen einer Willenseinigung festgestellt werden, wenn die dem Erblasser gegenüberstehende Person nicht einmal ihre Annahme erklären würde? Stillschweigend thut sie dies aber immer schon durch ihr Miterscheinen vor Richter oder Notar.

bloß einseitigen Erklärung allerwege fehlt“ [1]), den Verfügungsinhalt selbst dagegen nicht ergreift.

Zur weiteren Unterstützung seiner Behauptung, daß die Gleichstellung des Erbvertrages mit einem Vertrage im wesentlichen nur formal sei, weist Endemann endlich darauf hin, daß die allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuches über Verträge auf den Erbvertrag nur sehr beschränkte Anwendung findet.[2]) Dem ist entgegenzuhalten, daß die Normen der §§ 305 fg. nach ihrer Ueberschrift doch nur für schuldrechtliche Verträge gelten, daher von der Anwendung auf den Erbvertrag, der ja nach Endemanns eigenen Worten weder obligatorischer noch dinglicher Vertrag ist, ganz naturgemäß ausgeschlossen sind; daß ferner die §§ 145—157 nur „sehr beschränkt“ gelten, kann ebenfalls die Qualifikation des Erbvertrages als eines wahren Vertrages nicht in Zweifel stellen. Denn wenn einige der fraglichen Normen auf den Erbvertrag keine Anwendung finden, so hat das seinen Grund nicht in der Fremdartigkeit des Erbvertrages, sondern in positiven gesetzlichen Vorschriften, welche einzelne der allgemeinen für Verträge geltenden Regeln per se ausschließen. Insbesondere muß dies von den Vorschriften der §§ 145 B. G. B. gelten. Die in diesen Paragraphen enthaltenen Bestimmungen über die bindende Kraft einer Offerte könnten an sich ebensogut für den Erbvertrag gelten, wie für jeden anderen Vertrag, allein sie scheiden hinsichtlich des Hauptvertrages selbst wegen der in § 2276 angeordneten Form gleichzeitiger Anwesenheit vor Richter oder Notar, hinsichtlich eines Vorvertrages aber wegen § 2302, welcher bindende Verträge über die Errichtung von Verfügungen von Todeswegen für unzulässig erklärt, aus.

So erweisen sich denn auch Endemanns Angriffe auf die Vertragstheorie als grundlos und es läßt sich schon als Ergebnis unserer bisherigen Erörterungen feststellen, daß der Erbvertrag hinsichtlich seiner Wirkungen zwar Abnormitäten, bezl. der übrigen Kriterien eines Vertrages aber nicht einmal

[1]) Endemann, l. c. S. 246.

[2]) Endemann, l. c. S. 245. Anm. 16.

die geringste Abweichung von dem gewöhnlichen Typus des Vertrages aufweist. Wir können uns daher an dieser Stelle, wo wir uns positiv mit den Grundlagen der Vertragstheorie beschäftigen wollen, kurz fassen und im wesentlichen auf Zusammenfassung des bereits Gesagten beschränken.

Ganz abstrakt hatten wir die theoretische Möglichkeit des Erbvertrages zu erweisen gesucht, wir stellten fest, daß aus der „Fernwirkung" ein Gegenargument u. E. nicht entlehnt werden dürfe. Wir prüften die von den Anhängern der Testamentstheorie aus positiven Vorschriften des Gesetzes hergeleiteten Argumente für ihre Auffassung und fanden, daß sie sich nicht nur keineswegs als stichhaltig und zwingend erwiesen, sondern daß sie sich vielmehr in anderer Beleuchtung für die Vertragstheorie verwerten ließen.

Es bleibt sonach positiv nur noch weniges hinzuzufügen. — Nicht nebensächlich dürfte die Stellung des Erbvertrages im Systeme des B. G. B. sein, insofern nämlich, als das Gesetz denselben in einem besonderen Abschnitte behandelt und damit u. E. auch schon äußerlich seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit vom Testamente hervortreten läßt.

Beachtlich ist aber auch der Sprachgebrauch des Gesetzes, indem stets von den „Vertragschließenden", von dem „Vertragsabschlusse" u. s. w. die Rede ist.

Das wichtigste Gegenargument gegen die Testamentstheorie aber scheint uns aus § 2302 gewonnen werden zu müssen, wo es heißt: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder nicht, zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig." Ist es nicht schon charakteristisch, daß das B. G. B. diese Bestimmung unmittelbar an die Lehre von den Erbverträgen anschließt? Stellt es nicht damit einen Erbvertrag gerade in einen um so deutlicheren Gegensatz zu einer solchen verbotenen Vereinbarung? Nach der Testamentstheorie würde aber eine derartige Bestimmung mit der Zulassung des Erbvertrages unvereinbar sein. Keine andere als die Vertragstheorie kann die hierbei auftretenden Schwierigkeiten lösen; denn jede von ihr abweichende Auf-

fassung, mag sie formuliert sein wie sie will, muß doch, wie oben gezeigt, ein obligatorisches Element bei der Konstruktion zu Hülfe nehmen

Somit hätten wir denn als ersten wichtigsten Grundunterschied zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage gefunden: die beiden Geschäfte sind auch ihrer erbrechtlichen Natur nach durchaus verschieden. Das gemeinschaftliche Testament ist nach seinem Wesen einseitige letztwillige Verfügung, d. i. ganz und gar Testament, der Erbvertrag dagegen ist ganz und gar Vertrag, also zweiseitige, unwiderrufliche Verfügung von Todeswegen.

§ 3. Die allgemeine Stellung und Mitwirkung der Ehegatten an den Geschäften.

Als unmittelbarer Ausfluß dieser verschiedenen rechtlichen Natur erscheint auch die Verschiedenheit in der allgemeinen Teilnahme und Mitwirkung der Ehegatten an den beiden Geschäften. Beim gem. T. ist ihre Willensbethätigung und Mitwirkung eine gleichartige und daher gleichwertige. Sie treten in gleicher Rolle nebeneinander und setzen durch ihre Willenserklärungen, jeder für sich, den Thatbestand eines selbständigen und wenigstens konstruktiv in sich selbst stehenden Rechtsgeschäftes. Die zeitliche und förmliche Gemeinschaftlichkeit dieser Erklärungen erscheint sonach als etwas rein äußerliches und zufälliges: beim Erbvertrage dagegen ist von alledem das Gegenteil der Fall: hier stehen sie in verschiedenen Rollen einander gegenüber; sie setzen beide durch ihre Willenserklärungen nicht zwei selbständige Geschäfte, zu denen an sich nur die Thätigkeit einer einzigen Person gehört, wie oben beim gem. T., sondern unselbständige Elemente, die als Antrag und Annahme zu gegenseitiger Ergänzung bestimmt ein neues Ganzes bilden, eben den Erbvertrag; der eine giebt, der andere nimmt.

II. Besonderer Teil.

Die einzelnen Unterschiede.

Auf der Grundlage der im Vorigen festgestellten fundamentalen Unterschiede in der rechtlichen Natur der in Frage stehenden Geschäfte und damit in der allgemeinen Stellung der Ehegatten zu einander, treten wir im Folgenden in einen zweiten Teil unserer Darstellung ein, nämlich in die Erörterung der Unterschiede im einzelnen, wobei wir immer zu zeigen Gelegenheit finden werden, daß die meisten speziellen Unterschiede in jener Grundverschiedenheit wurzeln und nur im Hinblick darauf zu verstehen sind.

Indem wir die beiden Geschäfte in ihrem Werden und Vergehen verfolgen, beginnen wir, dem natürlichen Gang entsprechend, mit den Unterschieden in der Errichtung, oder was dasselbe sagt, in den Bedingungen des Zustandekommens eines rechtswirksamen Thatbestandes.

§ 4. Unterschiede in den Errichtungs- und Wirksamkeitserfordernissen.

In erheblichem Maße weichen hier zunächst die Formerfordernisse ab. Da das gem. T. Verbindung der materiell zu sondernden Einzeltestamente der Ehegatten ist, so ergiebt sich daraus, ohne daß es einer besonderen Bestimmung des Gesetzbuches bedarf, daß das gem. T. in denselben Formen errichtet werden kann und muß wie ein gewöhnliches Testament. Weil es nun aber zwei Personen sind, die hier unter einer Form testieren, so folgt weiter, daß die besonderen, persönliche Fähigkeit und Umstände betreffenden Voraussetzungen gültiger Testamentserrichtung in dieser oder jener Form grundsätzlich bei beiden Ehegatten gegeben sein müssen, damit das gem. T. in derselben errichtet werden kann, denn nicht jede Testamentsform steht ohne weiteres jedem Testierfähigen offen. Für die Wahl des ordentlichen öffentlichen Testamentes vor Richter oder Notar als solche hat dies Erfordernis gar keine Bedeutung, da sich jede

überhaupt nur testierfähige Person desselben bedienen kann,[1]) wohl aber für die Errichtung in privatschriftlicher Form nach § 2231,2, da diese Form nämlich Minderjährigen und solchen testierfähigen Personen versagt ist, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen (§ 2247) In dieser Form kann daher ein gem. T. nicht errichtet werden, wenn sie einem Ehegatten für sein Einzeltestament verschlossen ist (die Minderjährigkeit kann allerdings wegen § 1303 nur für die Ehegatten in Betracht kommen). Dagegen hat nun der Gesetzgeber in einem Falle eine Ausnahme von dem obenbezeichneten Grundsatze zugelassen und zwar bezüglich der Anwendbarkeit der erleichterten außerordentlichen Form nach § 2249, indem er die Errichtung eines gem. T. in dieser Form nach § 2266 auch dann verstattet, wenn die

[1]) Man kann allerdings zweifelhaft sein, ob bei Wahl dieser Form ein Ehegatte sein Testament durch Uebergabe einer Schrift nach § 2238 auch dann errichten kann, wenn dem anderen Ehegatten diese Art der Errichtung nach § 2238,2 deshalb versagt ist, weil er minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, m. a. W. ob eine gemischte öffentliche Form zulässig ist. Plauck verneint diese Frage mit der Begründung: „Da ein gem. T. durch einen einheitlichen Rechtsakt errichtet wird, kann die Errichtungsform für beide Ehegatten nur eine und dieselbe sein.“ (Plauck, Kommentar S. 491.) Demgegenüber dürfte jedoch zu erwähnen sein, daß dem Erfordernisse äußerer, formeller Einheitlichkeit des ganzen Aktes vollkommen Genüge geleistet ist, wenn ein einheitliches, in sich geschlossenes Protokoll über die Errichtung des gem. T. aufgenommen wird. Belanglos erscheint uns daher, ob nun beide letzte Willen dem Protokolle nach § 2246 als Anlage oder nur der eine als Anlage demselben beigefügt, der andere aber, weil mündlich erklärt, nach § 2241 Nr. 3 im Protokolle selbst festgestellt wird. — Wir entscheiden uns deshalb auch für Zulassung einer gemischten öffentlichen Form und zwar um so mehr, als die strengere Forderung der Gegner unter Umständen an sich testierfähigen Ehegatten die Errichtung eines gem. T. überhaupt unmöglich machen würde. Man denke nur an den Fall, daß der eine Ehegatte taubstumm, also nach § 2243 sein Testament nur durch Uebergabe einer Schrift errichten kann, der andere Teil aber noch minderjährig ist, mithin auf Grund des § 2238,II seinen letzten Willen nur mündlich erklären darf. — Anders liegt die Sache naturgemäß bei der privatschriftlichen Form, insofern diese überhaupt dadurch ausgeschlossen wird, daß sie nur dem einen Teile versagt ist.

Voraussetzung derselben, also Befürchtung vorzeitigen Versterbens des Erblassers u. s. w. nur auf Seiten des einen Ehegatten vorliegen. Weitere Ausnahmen dagegen sind nicht nur nicht zugelassen, sondern überhaupt nicht möglich.[1])

Da das gem. T. Verbindung zweier Testamente ist, so folgt daraus als weiteres Prinzip, mit Rücksicht auf § 2064, wonach der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten kann, daß auch beim gem. T. jeder Ehegatte seinen letzten Willen persönlich erklären muß; ausnahmslos gilt dieser Grundsatz für die ordentliche, öffentliche Form, indem beide Teile persönlich vor Richter oder Notar, jeder gleichzeitig mit dem anderen erscheinen muß und eine Stellvertretung des einen durch den anderen ebensowenig zulässig ist, als wenn sie einzeln ihre Testamente errichten wollten. Auch von diesem Prinzip besteht eine Ausnahme, und zwar hinsichtlich des privatschriftlichen Testamentes nach § 2231, 2, indem nämlich nicht gefordert wird,[2]) daß jeder Ehegatte sein Testament, auch wenn es mit dem des anderen übereinstimmt, vollständig selbst niederschreibt; vielmehr soll es hier für die Wahrung der Form nach § 2267 genügen, „wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle."

Während nun das gem. T. immer in Testamentsform, wenn auch in verschiedenen Arten dieser Geschäftsform, errichtet werden muß, sind für den Erbvertrag kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes in § 2276, 1 und 2 zwei besondere rechtsgeschäftliche Formen bestimmt. Obwohl

[1]) So kann ein gem. T. in der Form des Bordtestamentes nicht errichtet werden, wenn nicht beide Ehegatten auf dem Fahrzeuge sich befinden. § 2251.

[2]) Viele Schriftsteller leugnen sogar, daß bei einer Doppelniederschrift überhaupt noch ein gem. T. vorhanden sei; so z. B. Löwenwald l. c., S. 85; die in § 2267 gebrauchten Worte aber „es genügt" widerlegen diese Auffassung. So auch Plauck (S. 494, 3) und Strohal (S. 179, Anm. 4).

nun das Gesetz für die eine auf die Vorschriften der §§ 2233—2245, also auf die ordentliche öffentliche Form des Testamentes verweist, so stimmt diese Form doch nicht in allen Punkten mit der Form des nach § 2231, 1 errichteten gem. T. überein. Zunächst bedarf es also wie dort der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile vor Richter oder Notar und der Zuziehung des Gerichtsschreibers resp. eines zweiten Notars oder zweier Zeugen; ein Unterschied aber liegt darin, daß beim Erbvertrag nicht wie beim gem. T. beide Teile persönlich anwesend sein müssen, sondern daß sich der annehmende Ehegatte vertreten lassen kann, weil für ihn mangels spezieller gesetzlicher Bestimmungen die allgemeinen Vorschriften gelten. Außerdem aber besteht, was den erblassenden Teil anbetrifft, noch der Unterschied, daß die Notwendigkeit seiner persönlichen Anwesenheit nicht auf der gleichen Vorschrift beruht wie die der Ehegatten überhaupt beim gem. T.; während sie dort durch § 2064, der nicht zu den verwiesenen Paragraphen gehört, gefordert wird, beruht sie beim Erbvertrage auf der besonderen Vorschrift des § 2274, wonach der Erblasser einen Erbvertrag nur persönlich schließen kann.

Die zweite mögliche Form sodann, die für den Erbvertrag unter Ehegatten zugelassen ist, ist auch wiederum eine entlehnte, aber sie ist nicht die Form eines Geschäftes von Todeswegen, sondern die eines Geschäftes unter Lebenden und fordert demgemäß nun auch die Verbindung mit dem Geschäfte, für welches sie bestimmt ist; es ist dies die durch § 1434 normierte Form des Ehevertrages. Der Abschluß eines Erbvertrages vollzieht sich danach bei „gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar". Diese Form weicht also an sich nur wenig von der ordentlichen öffentlichen des gem. T. und damit also auch der des Erbvertrages nach § 2276, 1 ab. Der einzige Unterschied gegenüber der ersten ist eine Erleichterung und besteht in dem Wegfalle des Erfordernisses der Zuziehung des Gerichtsschreibers resp. eines zweiten Notars oder zweier Zeugen. Wie Frommhold[1]) hier außerdem als weitere Erleichterung

[1]) Frommhold, l. c., S. 249, 2.

die Zulässigkeit der Stellvertretung „beider Vertragschließenden" anführen kann, ist mit Rücksicht auf § 2274, der doch für alle Formen gilt, nicht einzusehen.

Fassen wir das Gewonnene noch einmal kurz zusammen: Beide Geschäfte sind als Verfügungen von Todeswegen an strenge Formen gebunden; für beide auch giebt es nur entlehnte Formen, aber während die Formen des gem. T. immer nur Spiel-Arten einer rechtsgeschäftlichen Form, nämlich der des Testamentes und somit seinem Inhalte stets homogen sind, giebt es für den Erbvertrag zwei besondere rechtsgeschäftliche Formen, von denen die eine einem Geschäfte unter Lebenden entlehnt ist; während das gem. T. öffentliche und private Formen kennt, sind für den Erbvertrag nur öffentliche Formen zugelassen, während ferner das gem. T. niemals formell mit anderen Geschäften verbunden werden kann, ist die Verbindung eines Erbvertrages mit einem anderen Vertrage, eben dem Ehevertrage nicht nur zugelassen, sondern auch notwendig, damit die Form dieses auch für jenen genüge.[1])

[1]) Für den gegenseitigen E.-Vertrag nun ist analog wie beim gemeinschaftlichen Testamente in der Litteratur die Frage aufgeworfen worden, ob für ihn eine gemischte Form in der Art zugelassen sei, daß der eine Ehegatte seinen Verfügungswillen durch Uebergabe einer Schrift, der andere dagegen, weil ihm diese Form versagt ist, durch mündliche Erklärung kundgeben darf. Schiffner will sie auf S. 116 fg. l. c. zulassen, während z. B. Endemann, Frommhold und Planck (S. 520) eine strengere Meinung vertreten und sie abweisen. Verfasser möchte sich für die Zulässigkeit einer gemischten Form entscheiden; denn, wenn § 2276 hinsichtlich der Form des Erbvertrages bestimmt, daß die für das Testament geltenden Vorschriften der §§ 2233—2245 Anwendung finden sollen — beachtlich ist hierbei, daß nicht gesagt ist „entsprechende Anwendung" wie an anderen Stellen — und ausdrücklich hinzusetzt: „Was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, gilt für jeden der Vertragschließenden", so folgt doch daraus, daß auch die Alternative des § 2238 jedem Ehegatten verbleibt und die Entscheidung eines Ehegatten für die eine Art und Weise die freie Wahl des anderen nicht ausschließt. Endemann's Bedenken, es würden zwei einseitige Erbverträge vorliegen, wenn die Ehegatten ihre Verfügungen in verschiedener Form träfen, können wir nicht teilen. Denn für die Beurteilung der Frage, ob ein „gemeinschaftlicher" oder zwei einseitige

An diese Unterschiede schließen sich in der Darstellung naturgemäß auch die Abweichungen hinsichtlich des äußeren Schicksals der über die beiden Geschäfte aufgenommenen Urkunden.[1]) Während dieselben beim gem. T. nebst Anlagen nach den für Testamente überhaupt geltenden Vorschriften des § 2246 stets verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden sollen, gilt dies nach § 2277 für den Erbvertrag nur, wenn die Parteien nicht das Gegenteil verlangen; ja wenn der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird, erfolgt dies alles überhaupt nur dann, wenn die Ehegatten es besonders beantragen. Was nun die Schicksale der betreffenden Urkunden nach der Eröffnung betrifft, so leuchtet ein, daß hier als Gegenstück zum gem. T. nur noch der Erbvertrag mit beiderseitigen Verfügungen der Ehegatten, der sog. gemeinschaftliche Erbvertrag in Betracht kommen kann; denn der einseitige Erbvertrag hat ja mit dem Tode des erblassenden Ehegatten seine Bestimmung erfüllt. — So wird für das gem. T. in § 2273, S. 2, 3 bestimmt, daß von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten unter allen Umständen eine beglaubigte Abschrift anzufertigen ist; ferner soll es nach erlangter Kenntnis von jenen Verfügungen wieder verschlossen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückgebracht werden. Die für den gemeinschaftlichen Erbvertrag durch § 2300 gegebenen Vorschriften weichen hiervon insofern ab, als dies alles nur geschehen soll, wenn sich der Erbvertrag in amtlicher Verwahrung schon befindet, was ja, wie wir sahen, nicht immer der Fall zu sein braucht.

Erhebliche Unterschiede liegen nun auch, wie in den formellen, so in den persönlichen Erfordernissen beider Geschäfte.

Erbverträge vorliegen, kommt es lediglich auf die Auslegung des Willens der Vertragschließenden an; aus der fraglichen Aeußerlichkeit allein aber geht der Wille, zwei einseitige Verträge abzuschließen, noch nicht mit zwingender Notwendigkeit hervor.

[1]) Außer Betracht bleibt hier das privatschriftliche Testament nach § 2231,2.

Aus der gleichartigen Beteiligung der Ehegatten an der Errichtung eines gem. T.[1]) folgt für dieses zunächst, daß die ihre persönliche Fähigkeit betreffenden Voraussetzungen gültiger Errichtung für beide Ehegatten die nämlichen sein müssen und weil nun ferner die Beteiligung jedes Ehegatten in der Errichtung einer konstruktiv selbständigen Verfügung von Todeswegen besteht, so ergiebt sich daraus in Verbindung mit dem ersten, daß für jeden Ehegatten die zur Errichtung letztwilliger Verfügungen erforderliche Geschäftsfähigkeit einerseits notwendig ist, dann aber auch genügt. Die Errichtung eines gem. T. ist schlechterdings unmöglich, wenn nur ein Ehegatte nach § 2229 der Fähigkeit entbehrt, für sich allein zu testieren, also, wenn er infolge Entmündigung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder wenn er ein Alter von 16 Jahren noch nicht erreicht hat.[2]) In diesen Fällen vermag selbst die Zustimmung des oder der gesetzlichen Vertreter die Mängel der persönlichen Fähigkeit nicht zu ersetzen, denn das Testament duldet eine unselbständige Errichtung unter Mitwirkung Dritter nicht.

Der gültige Abschluß eines Erbvertrages dagegen ist, weil an ihm die Ehegatten in verschiedener Weise mitwirken, nun auch für beide Teile an verschiedene persönliche Voraussetzungen geknüpft und zwar bestimmen sich diese ihrerseits wieder nach verschiedenen Gesichtspunkten, indem nämlich nur für den als erblassenden Teil auftretenden Ehegatten besondere erbrechtliche Regeln gelten, wie auch er allein es ist, der die „Verfügung" von Todeswegen trifft, während die entsprechenden persönlichen Erfordernisse für den anderen Teil sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzbuches über die zum Abschluß von Verträgen erforderliche Geschäftsfähigkeit überhaupt (§ 108 fg.) richten; seiner wird beim Erbvertrage in dieser Beziehung überhaupt nicht erwähnt. Für den acceptierenden Ehegatten ist demnach

[1]) S. oben S. 51 fg.

[2]) Letzteres ist allerdings mit Rücksicht auf § 1303,1, wonach für den Mann zur Eingehung der Ehe Volljährigkeit verlangt wird, nur bei der nach § 1303,2 von der Ehemündigkeit dispensierten Frau möglich.

festzustellen, daß er einen Erbvertrag gültig zu acceptieren fähig ist, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein sollte; ob zur Gültigkeit seiner Annahmeerklärung aber des weiteren eine ergänzende Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters nötig ist, hängt nach § 107 lediglich davon ab, ob ihm die Erklärung ausschließlich einen rechtlichen Vorteil einbringt oder ob sie in etwa auch seine Rechtslage verschlechtern kann.[1]) Letzteres läßt sich nun zwar allgemein von dem Accepte eines Erbvertrages als solchem nicht behaupten; immerhin könnte aber der Fall so liegen, daß in der Annahme thatsächlich ein beschränkter Erbverzicht läge, z. B. wenn der andere Ehegatte eine dritte Person zum Erben seines Vermögens schlechthin beruft. In einem solchen Falle würde ja der acceptierende Ehegatte durch den Erbvertrag auf seinen Pflichtteil beschränkt; seine Annahmeerklärung würde ihm also doch direkte Nachteile bringen.

Die in der Person des erblassenden Teiles dagegen zu erfüllenden Voraussetzungen bestimmen sich nach den besonderen erbrechtlichen Vorschriften, wie sie das Gesetz für den Erbvertrag in § 2275 aufgestellt hat. Danach wird zum selbständigen Abschlusse eines Erbvertrages für ihn die volle Geschäftsfähigkeit verlangt; nehmen wir diese Bestimmungen zusammen mit den für den anderen Teil geltenden Vorschriften, so ergiebt sich, daß der Erbvertrag insofern unter strengeren Regeln steht wie das gem. T., als er zu selbständigem Abschlusse auf beiden Seiten die volle Geschäftsfähigkeit, also auch Volljährigkeit verlangt. Als Abweichung im Sinne größerer Milde aber erscheint es, daß das Gesetz dem erblassenden Teile auch unselbständiges Handeln verstattet, indem „ein Ehegatte als Erblasser mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließen kann, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist“ (§ 2275, 2). So liegt denn eine äußerliche Uebereinstimmung mit dem gem. T. darin, daß der mindest erforderliche Grad von Geschäftsfähigkeit für beide Teile auch beim Erbvertrage der

1) Planck, S. 518, scheint diese Möglichkeit abzulehnen.

gleiche ist; aber während nun dort die gleiche Stellung der Ehegatten in dieser Hinsicht auf ihrer gleichartigen Mitwirkung an dem gem. T. innerlich beruht, ist der Grund für ihre gleiche Stellung beim Erbvertrage dagegen ein verschiedener; für den acceptierenden Teil liegt er in den allgemeinen Bestimmungen, während er für den erblassenden Ehegatten in einer besonderen erbrechtlichen Vorschrift des Gesetzbuches statuiert ist.

Aeußerlich, sichtbar hervortretend, wird aber diese in der Wurzel liegende Verschiedenheit des Grundes für ihre gleiche persönliche Fähigkeit erst in der verschiedenen Regelung der zur Ergänzung ihrer unselbständigen Erklärung notwendig werdenden Mitwirkung Dritter, in dem Erfordernis der Zustimmung. Während diese für den annehmenden Ehegatten unter den oben angegebenen Voraussetzungen, also nur im Einzelfall, erforderlich ist, bedarf der erblassende Ehegatte stets ohne Ausnahme der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und, was für den annehmenden Teil niemals in Betracht kommt, wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund ist,[1]) auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Mit dem event. Erfordernis der Zustimmung Dritter hängt nun ein weiterer, das zeitliche Verhältnis der Wirksamkeitserfordernisse im allgemeinen betreffender Unterschied zwischen beiden Geschäften zusammen, insofern nämlich durch dasselbe, wenn es beim Abschlusse des Vertrages selbst noch nicht erfüllt war, ein Schwebezustand bedingt wird. Für den annehmenden Teil ist eine nachträgliche Zustimmung unbedingt zulässig, da für ihn die allgemeinen Vorschriften des § 108 Platz greifen; ob aber die für den erblassenden Ehegatten event. nötige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die des Vormundschaftsgerichts ebenfalls nachgeholt werden kann, hängt davon ab, ob man hier die allgemeinen Vorschriften, wie sie auch für den anderen Teil

[1]) Denn die Annahme eines Erbvertrages ist in den §§ 1820, 1821, die von der Notwendigkeit einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts handeln, nicht erwähnt.

gelten, zur Anwendung bringen will oder nicht. Während Schiffner,[1]) Strohal[2]) und Planck[3]) sich für Bejahung dieser Frage entscheiden, hat sich Frommhold[4]) in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen und einen ohne vorher oder gleichzeitig erteilte Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Erbvertrag für rettungslos nichtig erklärt.[5]) Es ist aber wohl den ersteren zuzustimmen, denn es ist kein Grund einzusehen, hier die allgemeinen Vorschriften auszuschließen; dann aber birgt auch eine nachträglich erteilte formlose Genehmigung schließlich keine größere Gefahr in sich, als eine vorher gegebene formlose Einwilligung. Es ergiebt sich allerdings „bei unserer Auffassung eine Unsicherheit der wichtigsten Rechtsverhältnisse, welche geradezu unerträglich sein würde.“[6]) Aber diese „Unsicherheit“ wird durch die Formlosigkeit der Zustimmung als solche bedingt und wird daher auch durch den von Hellwig nur für den einen Fall vorgeschlagenen Ausweg nicht beseitigt.[7]) Wir stellen uns deshalb auf den konsequenteren und wohl auch dem Willen des Gesetzes mehr entsprechenden Standpunkt, daß die nachträgliche, formlose Genehmigung für zulässig zu erachten ist. — Auf Grund dieser Auffassung nun läßt sich der in Frage stehende Unterschied so fassen, daß beim Erbvertrag die von beiden Ehegatten zu erfüllenden Wirksamkeitserfordernisse zeitlich auseinanderfallen können, während sie beim gem. T. sämtlich mit der Errichtung des Geschäftes selbst gegeben sein müssen.

---

[1]) Schiffner, l. c. S. 47.

[2]) Strohal, l. c. S. 60, 61.

[3]) Planck, l. c. S. 518: „Für die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gelten die allgemeinen Vorschriften.“

[4]) Frommhold, l. c. S. 248.

[5]) S. auch Hellwig, l. c. S. 600. Anm. 232.

[6]) Hellwig, l. c.

[7]) Hellwig erklärt nämlich einen ohne vorher erteilte Zustimmung der gedachten Faktoren abgeschlossenen Erbvertrag für nichtig und fordert formelle Bestätigung, also erneute Vornahme nach § 141. S. 600. l. c.

§ 5. Unterschiede im Inhalte.

Die charakteristischsten und sachlich wichtigsten Unterschiede beider Geschäfte liegen in dem Inhalte, in dem Thatbestande ihrer rechtlichen Wirkungen selbst. Was zunächst das gem. T. betrifft, so müssen wir auch hier wieder von dem Begriffe desselben ausgehen. Da nämlich hiernach ein gemeinschaftliches Testament in zwei materiell von einander zu scheidende Einzeltestamente zerfällt, so folgt daraus, daß seinen möglichen Inhalt streng genommen mittelbaren Inhalt alles das bildet, was auch in ein Einzeltestament aufgenommen werden kann, somit also:

1. Verfügungen rein erbrechtlichen Inhalts wie: Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen, Enterbungen, Pflichtteilsentziehungen u. s. w.
2. Verfügungen familienrechtlicher Natur, wie: Anordnung von Vormundschaften, Ausschließung eines Abkömmlings von der fortgesetzten Gütergemeinschaft u. s. w.

Der einzige Unterschied von einem gewöhnlichen Testament liegt darin, daß der gesamte Verfügungsinhalt des gem. T. auf zwei letzte Willen zurückzuführen ist.

Was nun den Erbvertrag betrifft, so ist sein Inhalt als solcher zunächst der gleiche wie der eines gem. T. Auch der Erbvertrag kann sonach erb- und familienrechtliche Anordnungen enthalten; aber während beim gem. T. alle Bestimmungen gleichwertig nebeneinanderstehen, als samt und sonders einseitige letztwillige Verfügungen, sind die im Erbvertrage enthaltenen nicht alle des gleichen rechtlichen Charakters teilhaftig und ebenbürtig; vielmehr haben wir hier die eigentlich vertragsmäßigen[1]) Verfügungen als den

[1]) Das bloß Vertragsmäßige schließt nun allerdings die Bindung des Erblassers an seine Verfügung als wesentlichstes Kriterium des Erbvertrages noch nicht in sich; denn durch ein bloßes Sichanbieten einerseits und eine bloße Annahmeerklärung andererseits wird ja die Unwiderruflichkeit noch nicht begründet; dazu gehört ein ausgesprochener Bindungswille auf beiden Seiten; s. auch Schiffner, l. c. S. 59.

[2]) B. G. B. § 2278.2.

Haupt- und wesentlichen Inhalt — im Bilde gesprochen gewissermaßen die leiblichen Sprößlinge — von den bloß einseitigen letztwilligen Verfügungen zu unterscheiden, die nichts von dem Wesen des Erbvertrages selbst an sich tragen und — um im Bilde fortzufahren — als Adoptivkinder den ersteren gegenüber gestellt werden können. Denn das Gesetz verbietet einerseits, andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen zum Gegenstande vertragsmäßiger Bindung zu machen, läßt aber auf der anderen Seite zu,[1]) jede andere Verfügung von Todeswegen als bloß einseitige in den Erbvertrag mit gleicher Wirkung aufzunehmen, als ständen sie in einem Testamente.[2]) Der Gesetzgeber wollte damit die Möglichkeit gewähren, daß jemand seine gesamten erbrechtlichen Verfügungen in einem rechtsgeschäftlichen Akt zusammenfassen könnte und ist dann allerdings hierbei soweit gegangen, daß er rücksichtlich der Verbindung mit einem materiellen Erbvertrage auch für die letztwilligen Verfügungen von den strengeren Regeln selbständiger Testamentserrichtung entband und hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen auch für diese die milderen Regeln des Erbvertrages gelten ließ. Es widerspricht nicht nur dieser ratio legis, sondern auch allen Regeln logischer Interpretation, wenn einige Schriftsteller, wie Hellwig implicite, indem er den „Erbvertrag als eine Geschäftsform für alle letztwilligen Verfügungen“ auffaßt (Hellwig, l. c. S. 603), Endemann ausdrücklich (Endemann, l. c. III § 57 Anm. 20) aus jener Bestimmung des § 2299 I folgern, daß ein „Erbvertrag“ auch nur letztwillige Verfügungen enthalten könne. Ein „Erbvertrag“ mit ausschließlich letztwilligen Verfügungen ist eben kein Erbvertrag mehr, sondern ein Testament und zwar ein einfaches, wenn nur der eine Teil — sinnlos wäre dann das Miterscheinen des anderen —, ein gemeinschaftliches, wenn beide Teile verfügen würden. Für ein Testament aber gelten hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen

[1]) B. G. B. § 2299,1.

[2]) Und zwar kann derart auch der annehmende Teil verfügen.

die Vorschriften des § 2229 und für ein gemeinschaftliches Testament gilt außerdem noch die einschränkende Bestimmung des § 2265. Mit diesen Normen aber stehen die Konsequenzen von Endemanns Auffassung in unlösbarem Widerspruch.[1]) — Sonach kann also ein Erbvertrag im Gegensatz zum gem. T. nicht bloß homogene, sondern auch heterogene Bestandteile in sich aufnehmen. Sein Inhalt als solcher ist zwar der gleiche wie dort, seine eigentliche Kompetenz dagegen ist enger.[2])

Während ferner das gem. T. nach seinem Begriffe notwendig Verfügungen von beiden Ehegatten enthalten muß, andernfalls es nur ein gewöhnliches Testament wäre, ist beim Erbvertrage im materiellen Sinne des Wortes das Umgekehrte der Fall.[3]) Dieser kann vielmehr immer nur Verfügungen eines Ehegatten enthalten, weil der andere sich ja gemäß dem Wesen des Geschäfts stets auf die passive Rolle des Akzeptanten beschränken muß. Wenn nun aber § 2278,2 sagt: „In einem Erbvertrage kann jeder der Vertragschließenden vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen treffen", so hat diese Bestimmung lediglich die Bedeutung, daß es beiden Teilen verstattet ist, ihre beiderseitigen einseitigen Erbverträge miteinander zu einem bloß formellen Ganzen zu verbinden; nicht aber darf man sich einen solchen „Erbvertrag" auch als ein materiell einheitliches

---

[1]) Siehe auch die Widerlegung bei Kipp (Windscheid-Kipp l. c. S. 317) und bei Planck (l. c. S. 555, § 2299, Nr. 2), der die Auffassung Endemanns als „begriffswidrig" bezeichnet.

[2]) Das Wort „Erbvertrag" wird überhaupt vom Gesetzgeber in mehrfachem Sinne verwendet, in seiner Grundbedeutung ist es: das einheitliche Geschäft im abstrakten Sinne selbst mit Rücksicht auf seinen charakteristischen Inhalt. An anderen Stellen dagegen bedeutet Erbvertrag die bloße Form in Beziehung auf ihren äußerlich möglichen Inhalt; in letzterer Bedeutung tritt uns „Erbvertrag" in § 2299,1 entgegen; sodann aber wird auch der Erbvertrag mit wechselseitigen vertragsmäßigen Verfügungen als Erbvertrag schlechthin bezeichnet.

[3]) Dies bezieht sich natürlich nur auf den homogenen Inhalt des Erbvertrages; denn einseitige Verfügungen kann ja, wie wir sahen, in dem Erbvertrage jeder Ehegatte treffen.

Geschäft,[1]) als einen „synallagmatischen Vertrag nicht obligatorischer Natur“[2]) vorstellen; denn das Wesen des Synallagma besteht in dem „Eintausch von Leistungen oder Leistungsversprechen“ und läßt daher seine Anwendung nur bei Obligationen zu.[3]) Ein derartiger gegenseitiger Erbvertrag wird deshalb von Endemann[4]) nach Analogie des gem. T. „gemeinschaftlicher Erbvertrag“ genannt; man muß sich hierbei jedoch des Mißverständnisses erwehren, als ob erst ein solcher gemeinschaftlicher Erbvertrag eine dem gem. T. ebenbürtige Erscheinung darstelle; denn obwohl in der äußeren Konstruktion allerdings übereinstimmend, dürfen dennoch nicht diese beiden Formen gegenübergestellt werden, vielmehr sind gleichwertige Gegensätze nur: gem. T. und Erbvertrag schlechthin, weil sie beiderseits die elementarsten Formen eines rechtsgeschäftlichen Zusammenwirkens der Ehegatten zu Verfügungen von Todeswegen darstellen. Beim gem. T. wirken die beiden Ehegatten in zwei Rollen mit; das Gleiche ist nur beim gewöhnlichen Erbvertrage der Fall, wohingegen beim gemeinschaftlichen Erbvertrage die Ehegatten in vier Rollen auftreten müssen.

Zu Dritt ist hier noch ein Unterschied in dem Verhältnis der bedachten Personen zu dem verfügenden Ehegatten hervorzuheben. Während die in einem gem. T. bedachten Personen sämtlich in gleichem Verhältnisse zu den Verfügenden stehen, weil jeder Ehegatte seine Verfügungen einseitig trifft, ist beim Erbvertrage zu unterscheiden, ob der Bedachte an dem Vertrage, durch den er bedacht wird, selbst mitgewirkt, also der andere Ehegatte, oder ob es ein Dritter ist, der dem Vertrage selbst fern gestanden hat; denn nach § 1941,2 kann sowohl der andere Vertragschließende als auch ein Dritter durch den Erbvertrag bedacht werden; daraus ergiebt sich nun eine Einteilung der Erbverträge in gewöhnliche und solche zu Gunsten

[1]) So auch Planck, l. c. S. 552,1.
[2]) Motive V, S. 345.
[3]) Endemann, l. c. S. 249. Anm. 8.
[4]) Endemann, l. c. S. 248.

Dritter, Kategorieen, die beim gem. T. bedeutungslos sind, weil der andere Ehegatte, obwohl er seine Verfügungen in der gleichen äußeren Form trifft, an der Verfügung selbst trotzdem so wenig beteiligt ist als jede andere Person, welcher durch das gem. T. eine Zuwendung gemacht wird. Uebrigens bietet der Erbvertrag zn Gunsten Dritter für unsere Darstellung keine weitere Besonderheit;[1]) allerdings ist die durch den Erbvertrag dem Dritten eröffnete Aussicht auf den Erwerb der Zuwendung eine unsichere und prekärere als die des anderen Ehegatten, weil ihm, wie wir später sehen werden, im Gegensatz zu dem anderen Ehegatten jeder Einfluß auf den Bestand der betreffenden Verfügung fehlt.

Erhebliche Unterschiede materieller Natur werden beim Vergleiche eines gem. T. und eines gemeinschaftlichen Erbvertrages unter Ehegatten hinsichtlich des Abhängigkeitsverhältnisses der wechselseitigen Verfügungskomplexe von einander, der sog. Korrespektivität hervortreten. Es ist jedoch zuvörderst nötig, einen Augenblick bei gemeinsamen Punkten zu verweilen.

Es gehört weder zum Wesen des gem. T. noch des gem. Erbvertrages, daß die Inhalte der beiden Testamente und der beiden Erbverträge sich irgendwie berühren; aber in Wirklichkeit werden die beiden Geschäfte praktisch doch noch weitere Merkmale an sich tragen als die begriffsnotwendigen bloßer Formgemeinschaft. Was die Ehegatten zur Errichtung von gemeinschaftlichen Verfügungen von Todeswegen treibt, ist ja wohl meist nur der Wunsch, in der gemeinsamen Form auch ihrem gemeinsamen harmonischen Nachlaßwillen Ausdruck zu geben. Deshalb werden nun auch die meisten gem. T. und gem. Erbverträge nicht bloße testamenta bezw. pacta hereditaria mere simultanea, sondern reciproca sein, d. h. die Ehegatten werden sich in ihren wechselseitigen Verfügungen, wenn nicht direkt einander einsetzen, so doch berühren und ergänzen. Ja, die Beziehung

[1]) Näheres bei den Unwirksamkeits- und Aufhebungsgründen, so auch unter erbrechtlichen Wirkungen unten S. 93 fg.

der Verfügungskomplexe wird meist eine so enge sein, daß jeder Ehegatte seine Verfügungen gerade mit Rücksicht auf die entsprechenden des anderen Teiles trifft und, wenn er auch nicht diesem Willen Ausdruck giebt, auch den Bestand seiner Verfügungen von dem der entsprechenden auf der anderen Seite abhängig gemacht wünscht. Nach allgemeinen Rechtsregeln nun hätte eine solche „Voraussetzung" Einfluß auf den Bestand der betreffenden Erklärung nur, wenn sie mit Hülfe einer beigefügten Bedingung in den Thatbestand des Geschäftes selbst mitaufgenommen würde, das freiere Recht der Verfügungen von Todeswegen aber berücksichtigt schon das bloß im Motiv vorhandene Abhängigkeitsverhältnis der Verfügungen und stattet die „Korrespektivität" mit von selber eintretenden rechtlichen Wirkungen auf den gegenseitigen Weiterbestand aus.

Korrespektivität ist also dasjenige rechtlich sanktionierte, bloß im unausgesprochenen Willen[1]) begründete Abhängigkeitsverhältnis zweier oder mehrerer selbständiger in einem gem. T. bezw. gem. Erbvertrage getroffener wechselseitiger Verfügungen von Todeswegen, wonach die eine von selbst wegfällt, wenn die andere aus bestimmten Gründen unwirksam wird.

Der soeben festgestellte Begriff der Korrespektivität selbst ist bei beiden Geschäften zu Grunde zu legen, die Frage aber nach dem Umfange und den besonderen Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen eine Verfügung vom Schiksale der anderen mitbetroffen wird einerseits, die Frage, welche Unwirksamkeitsgründe überhaupt nur die Kraft haben, jene Wirkung auszulösen andererseits, muß für beide Geschäfte in verschiedener Weise beantwortet werden und schließt so einen erheblichen Unterschied zwischen gem. T. und gem. Erbv. in sich. — Was die engeren Voraussetzungen der Korrespektivität betrifft, so normiert für das gem. T. § 2270. Hier ist zunächst beachtlich, daß das Gesetz eine relevante Abhängigkeit im Bestande nur bei

[1]) Ist die Abhängigkeit ausdrücklich verabredet, dann liegt Bedingung vor, nicht aber Korrespektivität. A. M. Hendrichs, l. c. S. 14.

Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen anerkennt (§ 2270,3), an diesen aber den Begriff der Korrespektivität in kasuistischer Weise rein zur Durchführung bringt, indem es den Wegfall einer Verfügung der bezeichneten Art von einer besonderen Prüfung des Richters im Einzelfalle abhängig macht; „es muß“ nämlich positiv „anzunehmen sein, daß die Verfügung des Einen nicht ohne die Verfügung des Anderen getroffen sein würde“. Nur in zwei Fällen wird die Korrespektivität ohne weiteres vom Gesetze vermutet; diese beiden Fälle betreffen die reciproken Testamente im weiteren Sinne. „Ein solches Verhältnis der Verfügungen zu einander ist“ nämlich „im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.“ Die Korrespektivität „ist im Zweifel anzunehmen“, d. h. also der Weiterbestand einer Verfügung des betreffenden Inhaltes ist an den von den Erbinteressenten zu erbringenden Gegenbeweis geknüpft, daß die Ehegatten eine andere Absicht hatten. — Weit durchgreifender ist die für den gem. Erbv. in § 2298 getroffene Regelung. Indem hier das beim gem. T. befolgte kasuistische Prinzip verlassen wird und damit nun auch der Begriff der Korrespektivität, dem als solchem ein kasuistisches Moment anhaftet, modifiziert erscheint. Der anzunehmende Wille, auf dem doch die Korrespektivität im Grunde beruht, wird hier dadurch fixiert, daß er in doppelter Weise vom Gesetz ohne Ausnahme vermutet wird. Einmal nämlich wird ein derartiger Zusammenhang hinsichtlich des ganzen vertragsmäßigen Inhaltes — dem Gegenstande nach also derselben Verfügungen, bei denen auch das gem. T. eine Korrespektivität anerkennt — vermutet, so daß also die besondere Richtung der einzelnen Verfügungen außer Acht bleibt. Sodann aber erweitert das Gesetz gegenüber dem gem. T. auch den Umfang ihrer Wirkungen, indem es die Wirkung des Wegfalls einer einzelnen vertragsmäßigen Ver-

fügung nicht auf eine inhaltlich entsprechende des anderen Teiles beschränkt, sondern die Unwirksamkeit des ganzen „Vertrages“ schlechthin eintreten läßt. Aber dies alles nur kraft gesetzlicher Vermutung, so daß auch hier dem Erweise eines anderen Willens der Vertragschließenden keinerlei Schranken gesetzt sind (§ 2278,3).

Zweitens aber sind es nun bei beiden Geschäften nicht genau die gleichen Unwirksamkeitsgründe, welche die Kraft haben, die gedachte Wirkung auszulösen. Beim gem. T. ist es außer der ipso iure gegebenen Nichtigkeit des Thatbestandes der Widerruf durch den einen Teil, beim gem. Erbv. dagegen außer dem ersteren Grunde der Rücktritt als dem Widerrufe entsprechender einseitiger rechtsgeschäftlicher Aufhebungsakt.

Was aber nach Obigem für das gem. T. gilt, ist auch auf den Erbv. — sei es nun der einseitige oder der gemeinschaftliche — mit wechselseitigen einseitigen Verfügungen von Todeswegen anwendbar. Wir schließen dies daraus, daß nach § 2299,2 von einer in den Erbvertrag aufgenommenen einseitigen Verfügung eines Vertragschließenden das Gleiche gelten soll, wie wenn sie durch Testament getroffen wäre; wenn nun also beide Ehegatten in demselben Erbvertrage einseitige Verfügungen treffen, so sind die Voraussetzungen eines gem. T. erfüllt; dann aber sind auch in gleicher Weise die Vorschriften für dieses überhaupt in Anwendung zu bringen, soweit sie nicht eine besondere selbständige Errichtung voraussetzen; für diese Verfügungen besteht dann aber außer der durch § 2270 statuierten noch eine weitere Abhängigkeit von dem Erbvertrage, insofern sie nämlich insgesamt „außer Kraft treten, wenn der Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag aufgehoben wird“, allerdings auch hier wieder nur soweit, als „nicht ein anderer Wille der Ehegatten anzunehmen ist“.

§ 6. Unterschiede in den Wirkungen.

Was zunächst die rein erbrechtliche Wirkung betrifft, so ist diese für beiderlei Verfügungen, für vertragsmäßige wie für einseitige, in allen Punkten die gleiche. Trotzdem aber müssen wir auch ihrer mit wenigen Worten gedenken, deshalb, weil bezüglich dieses Punktes nicht immer Uebereinstimmung unter den Rechtsgelehrten herrschte; so nahm eine frühere germanistische Doktrin[1]) an -- wozu sie sich in Konsequenz der von ihr verteidigten Vertragstheorie verpflichtet glaubte —, daß dem in einem Erbvertrage Bedachten im Gegensatze zu dem, welchem bloß durch einseitige Verfügung von Todeswegen etwas zugewendet war, schon bei Lebzeiten des Erblassers ein unmittelbares dingliches Recht an dem ganzen Vermögen bezw. dem zugewendeten einzelnen Gegenstande zukomme. Traten nun schon damals namhafte Stimmen auch unter den Verteidigern der Vertragstheorie gegen diese Auffassung auf, so muß sie heute als vollständig überwunden gelten. Man ist sich darüber einig, daß auch der Erbvertrag „lediglich eine rechtliche Aussicht von Todeswegen, eine rechtliche Anwartschaft für den Fall und für die Zeit des Ueberlebens, also erst eine künftige Berufung auf den Todesfall[2]) begründet. Aber das Verhältnis des Bedachten zu dem von ihm dereinst zu erlangenden Rechte ist für Testaments- und Vertragsbedachte rein theoretisch ein verschiedenes. „Während das Testament dem eingesetzten Erben zur Zeit des Todes des Erblassers ein Erbrecht erteilt, wird durch den Erbvertrag unter Lebenden das Recht begründet, nach dem Tode des anderen Kontrahenten“ (wir sagen mit Rücksicht auf den Erbvertrag zu Gunsten Dritter besser des Verfügenden) „sein Erbe zu werden.“[3]) Ein solches Recht ist eben nur, weil es in keiner Weise gegenwärtig wirksam ist, vor dem Tode des Verfügenden etwas theoretisches, bloß vorgestelltes, wodurch gewissermaßen die Festigkeit und Sicherheit der Aussicht symbolisiert wird. —

[1]) Beseler, l. c. II. 1. S. 265 fg.

[2]) Schiffner, l. c. S. 121.

[3]) Stobbe, l. c. S. 278 fg.

Sonach beziehen sich denn die greifbaren Verschiedenheiten des homogenen Inhalts eines Erbvertrages und des Inhaltes eines Testamentes, oder konkret gesprochen der vertragsmäßigen und der einseitigen Verfügungen von Todeswegen nicht auf ihre Geschäftswirkung und ihren Zweck, sie liegen vielmehr, entsprechend dem Grundunterschiede unserer Geschäfte überhaupt in ihrer verschiedenen rechtsgeschäftlichen Basis, nicht in der vorhandenen Verfügung selbst, sondern in den Voraussetzungen ihres Zustandekommens und, wie sich später noch deutlicher zeigen wird, in den Bedingungen ihres Bestandes.

Aber auch nach der Berufung nehmen Testaments- und Vertragsbedachte die gleiche Stellung ein; insbesondere kann keine Rede davon sein, als ob dem bedachten Ehegatten deshalb das Ausschlagungsrecht versagt wäre, weil er selbst Akzeptant der ihm gemachten Zuwendung gewesen ist. Denn die Annahmeerklärung im Erbvertrage ist nicht auch zugleich Annahme der zukünftig zufallenden Erbschaft, sie kann es schon deshalb nicht sein, weil das Gesetzbuch im § 1946 bestimmt: „Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist."

Während so die erbrechtliche Wirkung beider Geschäfte gemäß obiger Ausführung faktisch die gleiche ist, weisen nun die übrigen rechtlichen Wirkungen, die von ihnen ausstrahlen, wichtige Abweichungen auf. Dies gilt zunächst von dem Einflusse derselben auf den Weiterbestand früherer einseitiger letztwilliger Verfügungen des bezw. der Ehegatten; ihnen gegenüber macht sich nämlich der Rangunterschied von gem. T. und Erbvertrag in Stärke und Umfang der beseitigenden Wirkung geltend.

Das gem. T. wirkt auf die früheren letztwilligen Verfügungen der Ehegatten nicht anders ein, als es die in ihm enthaltenen Testamente thun würden, wenn sie jedes für sich errichtet worden wären;[1]) denn das gem. T. bildet

[1]) Da aber ein früheres Testament nach § 2258,2 wieder auflebt, wenn das spätere widerrufen wird, so fragt sich nun, da das Gesetz hierüber nichts erwähnt, ob die frühere einseitige Verfügung eines

keinen wesensverschiedenen neuen Thatbestand. Eine frühere letztwillige Verfügung aber wird nach § 2258,1 durch eine spätere insoweit aufgehoben, als sie mit dieser in Widerspruch steht; da sie beide aus einem gleichwertigen Willensakte derselben Person entsprungen sind, so ist hier die absolute Unvereinbarkeit allein entscheidend. Daher bleiben solche frühere Verfügungen, durch welche etwa der in einem späteren gem. T. von neuem zum Erben eingesetzten Person Vermächtnisse und Auflagen auferlegt sind, bei Bestand, weil sie sich als eine bloße Beschränkung des eingesetzten Erben darstellen. Aus Anwendung dieser Regel auf das gem. T. ergeben sich für den Fall korrespektiver wechselseitiger Verfügungen nicht gerade billige Resultate; denn eine korrespektive Verfügung pflegt doch meistens von einem Ehegatten nur mit Rücksicht auf die gegenwärtige des anderen getroffen zu werden, diese aber kann sich, wenn sie in obiger Weise durch frühere einseitige Verfügungen beschränkt ist, in Wirklichkeit als eine andere darstellen, wie sie äußerlich erscheint.[1]) Immerhin hat aber eine dergestalt getroffene korrespektive Verfügung nach dem Tode des betreffenden Ehegatten keinen absoluten Rechtsbestand, sie kann vielmehr nach § 2078 wegen Irrtums im Motive angefochten werden. — Viel weitgehender und schärfer ist dagegen die Einwirkung eines Erbvertrages auf frühere letztwillige Verfügungen des erblassenden Ehegatten. Die neue Verfügung bildet, weil sie im Range höher steht als die frühere bloß einseitige, ein in sich geschlossenes Ganze und duldet daher keinerlei Beschränkung durch diese. Durch den Erbvertrag wird vielmehr eine frühere letztwillige

Ehegatten wieder auflebt, auch dann, wenn die spätere von ihm im gem. T. getroffene Verfügung dadurch in Wegfall gekommen ist, daß sie mit einer von dem anderen Ehegatten widerrufenen gemeinschaftlichen Verfügung korrespektiv war, somit also indirekt widerrufen ist. Es scheint die Bejahung dieser Frage der ratio legis zu entsprechen.

[1]) Hierbei braucht durchaus kein Vertrauensbruch zu Grunde zu liegen, da es ja denkbar ist, daß der betreffende Ehegatte sich seiner früheren Verfügung gar nicht mehr erinnert oder doch die Meinung hat, dieselbe würde durch das gem. T. ohne weiteres aufgehoben.

Verfügung des Ehegatten aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (§ 2289 Abs. 1, S. 1). Während beim gem. T., wie Frommhold, l. c. S. 259 sich ausdrückt, der bloße Wille des Verfügenden maßgebend ist, entscheidet beim Erbvertrage das „objektive Moment" der Unvereinbarkeit. Wie weit beide Geschäfte ihrerseits durch spätere einseitige Verfügungen eines Ehegatten beeinflußt werden, ist an späterer Stelle zu erörtern.

Da, wie wir oben sahen, der Erbvertrag rein erbrechtlich wirkt und weder gegenwärtige, dingliche Rechte am Vermögen des Erblassers noch obligatorische Rechte irgend welcher Art für den Bedachten begründet, so folgt schon daraus, daß der verfügende Ehegatte, so lange er lebt, die die vollste Freiheit behält, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen.[1]) Gleichwohl spricht das Gesetz dies ausdrücklich in § 2286 aus, indem es sagt: „Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt". Aber die Verfügungsfreiheit deckt sich beim Erbvertrage nicht mit schrankenloser Ungebundenheit wie beim gem. T. Wie hier der verfügende Ehegatte grundsätzlich[2]) in der Lage ist, seine Verfügung beliebig zu widerrufen, also die Zuwendung überhaupt zu entziehen, so kann er nun auch folgerecht das Zugewendete selbst beliebig schmälern, ohne daß dem Bedachten irgend welche Mittel zu Gebote ständen, sich gegen derartige Beeinträchtigungen zu schützen. Durch den Erbvertrag aber wird im Gegensatz dazu der Ehegatte an seine Verfügungen gebunden; die Wiederaufhebung ist seinem Belieben entzogen und bedarf stets einer rechtlich als vollwertig anerkannten Motivierung. Wie er nun nicht willkürlich auf den äußeren Bestand der Verfügung einwirken kann, so darf er auch, soweit dies mit seiner grundsätzlichen Verfügungsfreiheit irgendwie vereinbar ist, nicht beliebig das

[1]) Auch steht es dem Erblasser frei, zu adoptieren und zu legitimieren und dadurch neue Pflichtteilberechtigte zu schaffen.

[2]) Näheres s. unter „Unwirksamkeitsgründe".

Zugewendete selbst verringern. Vereinbar mit der vollen Verfügungsfreiheit ist aber nur das Verbot chikanöser Minderung.[1]) Auf diesem Standpunkt steht denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es den Vertragsbedachten durch zwei besondere Bestimmungen (§§ 2287, 2288) vor derartigen beabsichtigten Beeinträchtigungen in der Weise schützt, daß es ihm ein Recht verleiht, in dem Augenblicke des Anfalls des Vermögens bezw. des zugewendeten Gegenstandes von bestimmten überlebenden dritten Personen Schadloshaltung zu verlangen.[2]) Die eine Bestimmung betrifft den Fall, daß der Erblasser „in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht hat"; hier kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, das Geschenkte von dem Beschenkten als ungerechtfertigte Bereicherung fordern. § 2288 schützt den Vermächtnisnehmer, und zwar in verschiedener Weise gegen eine Beeinträchtigung des zugewendeten Gegenstandes durch körperliche Einwirkung und gegen solche durch rechtsgeschäftliche Schmälerung, nämlich Veräußerung und Belastung. Im ersteren Falle hat ihm der Erbe, soweit ihm die Leistung des Vermächtnisses dadurch unmöglich wird, an Stelle des Gegenstandes den Wert zu ersetzen; im zweiten Falle muß er bei Veräußerung dem Bedachten den Gegenstand verschaffen, bei Belastung diese beseitigen. Ist dies beides unmöglich, so muß er den Wert entrichten, ist es dagegen nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so darf er sich durch Entrichtung des Wertes befreien (§ 2288,2 in Verbindung mit § 2170,2). Bei schenkweiser Veräußerung und Belastung steht dem Vermächtnisnehmer auch noch ein dem des Vertragserben analoger, subsidiärer Anspruch gegen den Beschenkten selbst zu. - So schränkt denn der Erbvertrag unter Ehegatten keineswegs die Verfügungsfreiheit

[1]) Soweit sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist ja schon nach § 226 die Ausübung eines Rechtes unzulässig. (Chikane im technischen Sinne.)

[2]) Vgl. dazu die ausführlichen Erörterungen bei Planck, l. c. S. 533, 34.

selbst ein — dritte, die um den Erbvertrag wußten, erwerben den vermachten Gegenstand selbst zu vollem Rechte — aber er erzeugt mit rückwirkender Kraft eine gewisse lebzeitige Gebundenheit und Schwächung des vollen Herrschaftsverhältnisses des verfügenden Ehegatten zu seinem Vermögen, die das gem. T. nicht wirkt.

§ 7. Unterschiede in den Unwirksamkeitsgründen.

Wie alle Rechtsgeschäfte, so können nun auch gem. T. und Erbvertrag zunächst unwirksam sein bezw. werden, ohne daß es dazu eines besonderen rechtsgeschäftlichen Aufhebungsaktes bedürfte, d. h. nun zunächst: es kann zufolge bestimmter erheblicher Mängel des Thatbestandes selbst zu gar keiner rechtlichen Existenz der Geschäfte als solcher gekommen sein. Die Frage aber, wann dies vorliegt, ist für beide Geschäfte nur in Hinsicht auf Mängel der Willenserklärung in verschiedener Weise zu beantworten. Von den Fällen einer Nichtigkeit bewirkenden Divergenz zwischen Wille und Erklärung, wie sie der allgem. Teil des B. G. B. in §§ 116 fg. behandelt, kommt für das gem. T., weil es aus zwei einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Erklärungen bebesteht, somit nur der auch für solche geltende § 118 in Betracht, wonach „eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, nichtig ist". Weiter ist zu sagen, daß durch die Wirkung dieser Divergenz nur die betreffende Verfügung bezw. der Verfügungskomplex, nicht dagegen ohne weiteres auch irgend eine Erklärung des anderen Teiles betroffen wird; diese kann vielmehr dadurch nur indirekt, unter dem Gesichtspunkte der Korrespektivität im Wegfall kommen. Beim Erbvertrage dagegen wird seinem Wesen gemäß die Verfügung eines Ehegatten nicht von der Nichtigkeit betroffen, ohne daß damit auch eine entsprechende Erklärung des anderen Teiles, die Annahme hinfällig würde; denn dann hat er ja etwas ergriffen, was in Wirklichkeit nicht bestand. Die übrigen Fälle einer Divergenz sind dagegen für das gem. T. bedeutungslos, weil sie empfangsbe-

dürftige Willenserklärungen voraussetzen.[1]) Endemann scheint dieses Erfordernis zu übersehen, wenn er trotzdem[2]) auch den § 117 für das Testament in Anwendung bringen will. Denn damit eine Willenserklärung, die zum Scheine abgegeben wird, nichtig sei, ist nicht nur erforderlich, daß sie mit dem Einverständnis eines Anderen, sondern, daß sie auch diesem gegenüber abgegeben wird. Für den Erbvertrag dagegen liegen die Voraussetzungen des Eingreifens jener Paragraphen vor; denn die in ihm enthaltene Verfügung muß ja notwendig dem anderen Ehegatten gegenüber abgegeben werden; sie ist daher auch nicht bloß wegen Scherzes nichtig, wie ein Testament, sondern auch in den Fällen des Scheingeschäftes und der Mentalreservation, wenn der andere Ehegatte den Vorbehalt kennt.[3])

Ein besonderer, nur für unsere Geschäfte bestehender Nichtigkeitsgrund, der entweder von vornherein gegeben sein oder erst nach gültiger Errichtung eintreten kann, ist die Hinfälligkeit des persönlichen Verhältnisses der Subjekte. Es ist nämlich für beide Geschäfte ein gewisses Verwachsensein mit dem Bestehen einer rechtsgültigen Ehe unter den „Ehegatten" charakteristisch. Für das gem T. ist das Bestehen einer solchen überhaupt conditio sine qua non; denn es kann nur von Ehegatten errichtet werden. (§ 2265). Für den Erbvertrag gilt diese Beschränkung zwar nicht; ist er aber von Ehegatten geschlossen, so ist für seine Wirksamkeit das Fortbestehen der Ehe ebenso wichtig wie für das gem. T., insofern nämlich für beide Geschäfte zunächst in gleicher Weise auf § 2077 verwiesen wird. Nach dieser Vorschrift ist nämlich „eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die

---

[1]) Planck, l. c. S. 526, b).

[2]) Endemann, l. c. S. 202d.

[3]) Ferner ist beim Erbvertrage zu unterscheiden, ob der betreffende Willensmangel sich bloß auf die Bindung oder ob er sich auf das Ganze erstreckt, ob demgemäß der ganze Erbvertrag in sich zerfällt oder bloß die Bindung sich löst und die Verfügung als letztwillige, widerrufliche bestehen bleibt. S. Planck, l. c. S. 526b.

Ehe nichtig, oder wenn sie vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist"; dabei soll es „der Auflösung der Ehe gleichstehen, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte". Aber der Umfang der dadurch erzeugten Nichtigkeit ist zufolge des beim Erbvertrage § 2279,2 beigefügten Zusatzes für beide Geschäfte verschieden. Für das gem. T. sind, was allerdings bei Fischer-Henle[1]) nicht in der erforderlichen Weise geschieht, zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Hat eine gültige Ehe zwischen den Gesamttestatoren überhaupt nie bestanden, so kann das von ihnen errichtete Geschäft, weil ihm die subjektive Grundlage fehlt, überhaupt nicht die Wirkungen eines gem. T. äußern, ja es ist sogar gar kein Geschäft im Rechtssinne vorhanden; denn als Einzeltestamente können dann ihre Verfügungen deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil nun wesentlichen Formerfordernissen nicht Genüge geleistet ist.
2. Die Ehe wird erst später, nachdem sie gültig errichtet worden ist, mit dem Willen der Ehegatten, d. h. in anderer Weise als durch Tod aufgelöst oder sie erscheint bloß erschüttert durch Umstände, die nach § 2077 Abs. 1 S. 2 im rechtlichen Erfolge der Auflösung gleichstehen. Dann tritt nämlich nicht Unwirksamkeit des gesamten Inhaltes schlechthin ein, sondern das Gesetz nimmt, obwohl dies, wie man Endemann[2]) beipflichten muß, mit Rücksicht auf § 2265, wonach doch die Ehe als „objektive, gesetzliche Voraussetzung des gemeinschaftlichen Testamentes" erscheint, nicht consequent ist, das Gesetz nimmt auf den Willen der Ehegatten Rücksicht und bestimmt, daß die Verfügungen

[1]) Fischer-Henle, l. c. Anm. 2 zu § 2268.

[2]) Endemann, l. c. S. 191. Anm. 5.

insoweit wirksam bleiben sollen, „als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden".[1])

Beim Erbvertrage dagegen haben wir diese beiden Fälle nicht zu unterscheiden, was eben damit zusammenhängt, daß dieses Geschäft nicht ausschließlich auf der objektiven Grundlage der Ehe ruht. Bei ihm kann es daher nichts ausmachen, ob die Ehe der Compaciscenten von vornherein nichtig war oder ob sie erst später aufgelöst wurde. Vielmehr tritt gleicher Weise in allen Fällen der Nichtigkeit grundsätzlich Unwirksamkeit aller vertragsmäßigen Zuwendungen, gleichviel an wen sie gerichtet sind, ein und somit bleiben denn auch nur solche Auflageverträge bei Bestand, die sich an frühere einseitige Verfügungen von Todeswegen anschließen. Ausnahmsweise bleibt aber auch eine vertragsmäßige Zuwendung bestehen, „wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde", (§ 2077,3). Die Frage dagegen, wie es mit den nach § 2299,1 in den „Erbvertrag" aufgenommenen einseitigen Verfügungen zu halten ist, beurteilt sich niemals nach speziell für den Erbvertrag geltenden Vorschriften. Für jene kommen vielmehr, wenn sie bloß von einem Ehegatten getroffen sind, ausschließlich die Vorschriften des § 2077, rein zur Anwendung; enthält dagegen der Erbvertrag Verfügungen auch des anderen Ehegatten, so normieren die Bestimmungen, welche für das gem. T. gelten. Denn, daß in dem Falle ein solches vorliegt, haben wir oben nachzuweisen versucht.

Für das gem. T. allein kommt nun unter Umständen auch der Zeitablauf als Nichtigkeitsgrund in Betracht, für den Fall nämlich, daß es in einer der außerordlichen Formen[2]) nach § 2252 errichtet ist. Denn ein in solcher Form errichtetes Einzeltestament „gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt". Für das gem. T. hat nun aber dieser Zeitablauf nach unserer Ansicht die Wirkung nicht, wenn der eine Ehegatte

[1]) B. G. B. § 2268,2.

[2]) Dies sind die Fälle des sog. Bord-Sperr- und Seetestaments. §§ 2249, 2250 und 2251.

vor dem Ablaufe der drei Monate verstorben ist, was ja im Falle des § 2249 sogar regelmäßig der Fall sein wird; denn die mit dem Tode eines Ehegatten nach Annahme des ihm Zugewendeten für den Anderen eintretende Bindung würde illusorisch werden, wenn nun das Testament des überlebenden Ehegatten einfach nichtig wäre; trotzdem er dann vielleicht ganz andere Verfügungen treffen würde, fielen ihm die ihm etwa mit Rücksicht auf seine im gem. T. getroffenen Bestimmungen zugewandten Vermögensvorteile zu. Das kann aber der Wille des Gesetzes nicht sein und deshalb entscheiden wir uns auch dafür, daß das Testament des überlebenden Ehegatten trotz Ablaufes der drei Monate und zwar im ganzen Umfange wirksam bleibt. — Für den Erbvertrag dagegen kommt dies Alles nicht in Betracht, weil es eben für ihn keine außerordentlichen Formen giebt.

Zeigten schon die von selbst eintretenden Unwirksamkeitsgründe, wie wir sie soeben betrachtet haben, bei beiden Geschäften Abweichungen, so gilt dies umsomehr von den rechtsgeschäftlichen, d. h. den auf einem Willensakte beruhenden Aufhebungsgründen, da sich in diesen ja die Verschiedenheit der charakteristischen Grundzüge beider Geschäfte am deutlichsten offenbaren muß. Daher erscheint es hier besonders geboten, von den Begriffen selbst auszugehen. Im gem. T. verbinden die Ehegatten ihre Verfügungen von Todeswegen zu einem bloß formellen Ganzen; das Wesen ihrer Erklärungen aber wird durch die Gemeinschaftlichkeit der Form in keiner Weise verändert, sie bleiben Testament. Ein Testament aber ist eine einseitige, letztwillige Verfügung von Todeswegen, d. h. nicht etwa eine Verfügung, die thatsächlich den letzten Willensentschluß eines Menschen enthalten muß und überhaupt rechtlich nur in Betracht kommt, wenn sie in den letzten Augenblicken des Lebens getroffen worden ist; vielmehr soll mit der Bezeichnung „letztwillig“ nur ausgedrückt werden, daß eine vorher abgegebene Willensäußerung nicht unabänderlich sein soll, sondern daß der Testator in jedem Augenblicke seines Lebens diese Verfügung wieder umstoßen kann; die Aufhebung der früheren ist seiner

unbeschränkten Willkür überlassen. In Verbindung mit obiger Bemerkung gilt also auch für das gem. T., daß die Ehegatten jederzeit ihre Verfügungen einseitig widerrufen und damit das gem. T. als solches vernichten können. Dieser spekulativ aus dem Wesen des Geschäfts gewonnene Grundsatz liegt nun auch den Bestimmungen des Gesetzes zu Grunde. Rein und ausnahmslos ist er durchgeführt für die nichtkorrespektiven Verfügungen; diese können also in derselben Weise aufgehoben werden, wie wenn sie auch formell gar nicht mit dem Testamente des anderen Ehegatten verbunden wären, daher kann ein gültiger Widerruf derselben nach §§ 2254, 2255 durch Einzeltestament sowohl als auch durch Veränderungen an der Urkunde selbst, die den Aufhebungswillen erkennen lassen, erfolgen. Die nach § 2256 als Widerruf geltende Entnahme aus der amtlichen Verwahrung ist jedoch angesichts der formellen Verbindung mit dem anderen Testamente ausgeschlossen. Auch hinsichtlich der bestandsgemeinschaftlichen Verfügungen hält das Gesetz einfach an dem Grundsatze des freien Widerrufs fest. Aber zunächst modifiziert die Thatsache, daß mit dem Widerrufe einer derartigen Verfügung stets auch die entsprechende des anderen Teiles unwirksam wird, die Form, in welcher er erfolgen muß und zwar hat der Widerruf in derselben Weise zu geschehen, wie der Rücktritt vom Erbvertrage nach § 2296,[1]) also durch eine gerichtlich oder notariell beurkundete ausdrückliche, direkte Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten. Als formell logische Konsequenz erscheint es, daß in dem Augenblicke, wo diese Form nicht mehr befolgt werden kann, d. h. mit dem Tode des anderen Ehegatten auch das Widerrufs-Recht erlischt. So § 2271,2. Schlägt aber der Ueberlebende das ihm Zugewendete aus, so kann er trotzdem seine Verfügungen, wie in einem Einzeltestament getroffene aufheben, das Band der Korrespektivität wird dadurch gelöst, und die an Dritte gemachten korrespektiven Zuwendungen

[1]) Schon hierin liegt eine starke, wenn auch unformelle Angleichung an den Erbvertrag; die materielle dagegen wird erst durch den Tod des Anderen bewirkt.

fallen dem ungehindert mit dem Tode des Vorverstorbenen an.[1]) So hängt also die Bindung von dem eigenen Willensentschlusse des Ueberlebenden ab; schlägt er aus, so ist er frei, nimmt er aber das ihm Zugewendete an, so wird er nunmehr billiger Weise unwiderruflich an seine Verfügungen gebunden[2]) Aber damit wird das gem. T. noch nicht zu einem Vertrage; während die Bindung beim Erbvertrage Folge seines Wesens ist, erscheint sie hier als etwas rein faktisches, auf dem „zwischen den Ehegatten bestehenden Treuverhältnisse beruhendes, mit welchem die Rücknahme der gemeinschaftlich getroffenen Verfügung nach dem Tode eines Ehegatten in Widerspruch stehen würde."[3]) [4]) Unter diesem Gesichtspunkte sind nun auch die Ausnahmen von der grundsätzlichen Unabänderlichkeit zu betrachten. Der überlebende Ehegatte nämlich ist einmal berechtigt, die einem Dritten gemachte Zuwendung wieder aufzuheben, wenn dieser sich „einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder berechtigen würde, falls der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre."[5]) Zweitens kann er nun auch noch einer Verfügung, durch welche ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling von ihm oder dem verstorbenen Ehegatten bedacht wird, die Beschränkungen hinzufügen, welche man unter der Enterbung in guter Absicht zusammenfaßt; er kann also unter den in § 2338,1 gegebenen Voraussetzungen für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung des Zugewendeten einem Testamentsvollstrecker übertragen, ferner die gesetzlichen Erben desselben

[1]) Würde es doch mit dem Wesen des gem. T. unvereinbar sein, wenn er mit dem Tode seines Ehegatten schlechthin unwiderruflich an seine Verfügungen gebunden würde.

[2]) Hat er aber etwa die zugewendete Erbschaft angenommen, so ist ihm nicht mehr zu helfen, auch wenn er die gedachte Wirkung der Annahme nicht kannte; denn ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung, der nach § 119,1 zu einer Anfechtung berechtigen würde, kann doch wohl nicht angenommen werden.

[3]) Frommhold, l. c. S. 244,2 c.

[4]) Ueber juristische Konstruktionsversuche vergl Anm. 2 zu S. 12.

[5]) B. G. B. § 2294.

zu seinen Nacherben bestimmen etc.[1]) In den vorangeführten Fällen darf eben ein übereinstimmender Wille des Verstorbenen als sicher angenommen werden. Die Abänderlichkeit beruht somit auch auf einer fingierten Zustimmung desselben.

Während für das gem. T. grundsätzlich freier Widerruf für jeden Ehegatten gilt, ist der Erbvertrag der willkürlichen, einseitigen Aufhebung grundsätzlich entzogen. Er ist nach seinem Wesen Vertrag. Wesentlich für den Vertrag aber ist, daß mindestens eine Partei sich an ihre Erklärungen der anderen gegenüber bindet. Das Wesen des gem. T. gestattet freien Widerruf, der Erbvertrag fordert die Bindung und schließt somit den Widerruf aus. Daher können wir denn auch beim Erbvertrage dem soeben dargestellten Aufhebungsrechte nichts Wesensgleiches gegenüberstellen. Aber auch der Erbvertrag kennt eine einseitige Aufhebung; nur ist diese keine willkürliche — daher eben nicht Widerruf —, sondern[2]) an gewisse Voraussetzungen und bestimmte Motive grundsätzlich[3]) gebunden; sie tritt hier in der rechtlichen Form des Rücktritts auf. Widerruf und Rücktritt aber verhalten sich schon als allgemeine Geschäfte in folgender Weise zu einander: beide sind einseitige[3]), empfangsbedürftige, auf Beseitigung der Rechtswirkungen gewisser rechtsgültiger Thatbestände gerichtete Willenserklärungen. Aber sie unterscheiden sich zunächst in ihrem Wesen dadurch, daß der Widerruf nur bei nicht bindenden Erklärungen möglich ist, während der Rücktritt stets vertragsmäßige, also bindende Erklärungen zur Voraussetzung hat. Der Widerruf ist die logische Folge einer nicht bindenden Erklärung, ja, ein Teil ihres Wesens selbst, ohne den sie nicht denkbar ist. Der Rücktritt aber ist etwas dem

[1]) B. G. B. § 2338.1.

[2]) Das schließt natürlich nicht aus, zu sagen, daß „beide Ehegatten“ ihr gemeinschaftliches Testament „zusammen widerrufen“. Streng genommen widerruft aber in dem neuen gem. T. jeder Ehegatte besonders seine früheren einseitigen Verfügungen.

[3]) Zum Belege sei § 183 angeführt.

Wesen der bindenden Erklärung entgegengesetztes und bedarf daher logisch zu seiner Ausübung stets bestimmter, von dem objektiven Rechte anerkannter Motivierungs- und Rechtfertigungsgründe. Ein weiteres allgemeines Unterscheidungsmerkmal beider einseitiger Aufhebungsakte dürfte auch noch darin zu finden sein, daß das dem Widerruf gegenüberstehende Rechtsgeschäft, so lange dieser möglich ist, Rechtswirkungen überhaupt noch nicht entfaltet hat, während der Rücktritt sehr wohl auch, und zwar sogar meistens bereits rechtswirksamen Geschäften gegenüber ausgeübt werden kann.

Was zunächst die materiellen Voraussetzungen betrifft, unter denen dem erblassenden Ehegatten ein Rücktrittsrecht von seinen vertragsmäßigen Verfügungen gewährt ist, so müssen diese füglich zu den Bedingungen in Parallele gestellt werden, unter denen beim gem. T. nach dem Tode eines Ehegatten und dem durch Annahme des Zugewendeten herbeigeführten Eintritte grundsätzlicher Unabänderlichkeit dem Ueberlebenden der Widerruf seiner einseitigen Verfügungen gestattet ist. Ein Rücktrittsrecht steht einem Ehegatten kraft spezieller Bestimmung des § 2293 einmal dann zu, wenn er es sich beim Abschlusse des Erbvertrages — wohl auch durch spätere besondere vertragliche Abrede — vorbehalten hat und zwar kann dieses Rücktrittsrecht natürlich einen beliebigen Umfang haben; es kann sich bloß auf einzelne vertragsmäßige Verfügungen beschränken, ebensogut aber auch auf den ganzen vertragsmäßigen Inhalt erstrecken.[1])

[1]) Als Anhänger der Vertragstheorie sind wir nun der Meinung, daß trotz Mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften (vgl. Motive z. E. I § 1958 S. 342 fg., welche die Frage „der Entscheidung durch Doktrin und Praxis überlassen") auf dem überlebenden Teile ein entsprechender Vorbehalt eingeräumt werden muß (Frommhold, l. c. S. 263,1). Da im letzteren Falle aber die Bindung ganz in die Hand des Verfügenden gegeben ist, so sähen viele Schriftsteller es gerne vermieden, hier überhaupt noch von einem „Erbvertrage" zu reden; s. Schiffner l. c. S. 183 fg., Hellwig l. c. S. 598, Anm. 226 und S. 640, Frommhold l. c. S. 263.3. Ihnen ist aber mit Frommhold l. c. entgegenzuhalten, daß die Vertragsnatur dadurch nicht beseitigt wird,

Beim gem. T. ist dagegen von einem entsprechenden Vorbehalte des freien Widerrufsrechts durch den überlebenden Ehegatten — denn nur für diesen kann er ja in Betracht kommen — nicht ausdrücklich im Gesetz die Rede. Aber es liegt u. E. kein Grund vor, die Vorschriften des § 2271,II als zwingende anzusehen und eine entgegenstehende Vereinbarung für unwirksam zu erklären. Was nun das gesetzliche Rücktrittsrecht betrifft, so ist ein solches außer in jenem Falle, wo auch beim gem. T. ein Widerrufsrecht gegeben ist (§ 2271,II), dem verfügenden Ehegatten auch noch in einem besonderen Falle gewährt. Hängt nämlich eine vertragsmäßige Verfügung mit einer „rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren", dergestalt zusammen, daß dieselbe nur „mit Rücksicht" auf jene Verpflichtung getroffen ist, so erkennt das Gesetz gewissermaßen eine abgeschwächte Korrespektivität an, indem es dem Erblasser ein Rücktrittsrecht für den Fall gewährt, daß „die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird". Beim gem. T. dagegen ist nun allerdings ebenfalls ein solcher Zusammenhang denkbar, er findet hier aber keine besondere Berücksichtigung, so daß der unwiderruflich gebundene Ehegatte dem Dritten unter keinen Umständen die Zuwendung wieder entziehen kann, es sei denn, daß der Fortbestand der Verpflichtung desselben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist.

Verschieden ist bei unseren Geschäften nun auch noch die Form, in der Widerruf bezw. Rücktritt nach dem Tode des einen Ehegatten zu erfolgen haben. Eine im gem. T.

---

vielmehr „um so reiner bei Nichtausübung des Rücktrittsrechts hervortritt". Planck will ebenfalls auch dem anderen Teile ein Rücktrittsrecht gewähren, weist aber mit Recht darauf hin, daß auf dieses weder die Vorschriften der §§ 2293 ff., noch die des § 346 Anwendung finden können, da die ersteren sich ausdrücklich nur auf den Erblasser beziehen, die letzteren aber auf den obligatorischen Vertrag beschränkt sind. Planck, l. c. S. 546,3.

enthaltene Verfügung kann grundsätzlich in derselben Art und Weise widerrufen werden wie ein Einzeltestament, also beliebig durch ein neues, durch körperliche Einwirkung auf die Testamentsurkunde oder, soweit sich die aufzuhebende Verfügung von den übrigen sondern läßt, durch Entnahme aus der amtlichen Verwahrung. Nur die Entziehung einer Zuwendung wegen Verfehlung nach § 2294 kann nicht in beliebiger Weise, sondern, weil § 2336 in seinem ganzen Umfange eingreift, nach Abs. 1 desselben nur durch letztwillige Verfügung geschehen. Der Rücktritt von einer vertragsmäßigen Verfügung dagegen kann nach dem Tode eines Ehegatten immer nur durch Testament erfolgen. § 2297.

Aus dem oben über die Aufhebung der gültigen Geschäfte Gesagten ergiebt sich nun die Verschiedenheit hinsichtlich eines anderen Unwirksamkeitsgrundes, nämlich der Anfechtung der ungültigen von selbst.

Anfechtung ist eine einseitige Willenserklärung, durch die man solchen einem Rechtsgeschäfte in seinem Thatbestande anheftenden Mängeln, an welche die Rechtsordnung nicht direkte unmittelbare Wirkungen auf den Bestand des betreffenden Geschäftes knüpft. Nichtigkeit erzeugende Kraft verleiht. Nach dieser unserer Begriffsdefinition ist es nun ganz selbstverständlich, daß die Anfechtung da unberechtigt und deshalb auch ausgeschlossen ist, wo eine bindende Erklärung nicht vorliegt; denn eine solche kann ja schon ohnehin ohne besondere Motivierung, also ohne Berufung auf etwaige Mängel beseitigt und unwirksam gemacht werden. Dies, auf unsere Geschäfte angewandt, folgt: Das gem. T. kann von seinen Errichtern — so lange sie frei widerrufen können, setzen wir beschränkend hinzu — nicht angefochten werden. Ist dagegen das Testament eines Ehegatten für diesen durch Annahme des Zugewendeten nach dem Tode des andern bindend geworden, so ist damit nun auch zufolge obiger Definition eine Anfechtungsmöglichkeit für den Ueberlebenden gegeben. Das B. G. B. aber erwähnt von einem Anfechtungsrecht nichts. Trotzdem wird man aber von den oben dargelegten Gesichtspunkten aus in einem

solchen Falle Anfechtung zulassen müssen und das Schweigen des Gesetzes darüber nicht als Verweigerung auslegen dürfen; denn mit dem Wegfall des freien Widerrufs müssen etwaige Willensmängel, auf welche sonst nur die Erbinteressenten succurrieren können, auch dem Erblasser selbst eine Handhabe zum Umstosse der betreffenden Verfügung bieten können. Was aber Voraussetzungen und Form der ihm zu gewährenden Anfechtung betrifft, so wird man sich wohl mit Rücksicht auf die faktisch gleiche Lage für unmittelbare Anwendbarkeit der für den Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2281. I. II entscheiden.[1])

Der Erbvertrag dagegen ist stets bindend und deshalb ist hier auch dem Erblasser vom Gesetze ausdrücklich ein Anfechtungsrecht[2])[3]) gewährt und zwar ist dies nicht nur nach den allgemeinen Bestimmungen — „denn die Vorschriften des allgemeinen Teiles gelten für das ganze Gesetzbuch“[4]) —, sondern es ist, worin der Charakter der Verfügung von Todeswegen hervortritt, schon unter den weiteren Voraussetzungen zulässig, unter denen nach §§ 2078, 2079 eine letztwillige Verfügung von den Personen angefochten werden kann, „welchen die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu statten kommen würde“ § 2080. I. Ein solches Anfechtungsrecht steht aber dem Erblasser unbeschränkt auch dann zu, wenn er sich den Rücktritt vom ganzen Vertrage vorbehalten hat; dies kräftigt aber die obenaufgestellte Behauptung, daß trotz eines solchen Vorbehaltes

[1]) Vgl. auch Strohal, l. c. S. 188.

[2]) Hellwig erblickt l. c. S. 657 § 88 I in Konsequenz der von ihm vertretenen Testamentstheorie in der Anfechtung „nichts Anderes, als den in Beziehung auf Voraussetzungen und Form besonders geregelten Widerruf der von dem Erblasser getroffenen Verfügungen“. Uns dagegen aber muß sie als wahre Anfechtung erscheinen.

[3]) Die Wirkung der Anfechtung ist Wegfall der betreffenden vertragsmäßigen Verfügung selbst. Darin liegt nun aber ein weiteres Argument für die Einheitstheorie. Denn läge die Bindung ausschließlich in einem besonderen Widerrufsverzicht, so könnte nur dieser angefochten werden und die Folge wäre, daß die Verfügung selbst bis zu einem besonderen Widerrufe bestehen bliebe.

[4]) Scherer, Erbrecht, S 380, 447.

im Grunde eine bindende Erklärung besteht, und zwar so lange, als von dem Vorbehalte kein Gebrauch gemacht wird.

Hinsichtlich der Anfechtungssubjekte besteht bei beiden Geschäften folgender Unterschied: Beim gem. T. kann immer nur ein Ehegatte als Anfechtender in Betracht kommen, weil ja vor dem Tode eines von beiden eine Anfechtung ausgeschlossen ist; beim Erbvertrag dagegen ist, weil hier dem Erblasser schon bei Lebzeiten des anderen Teiles kraft besonderer erbrechtlicher Bestimmungen und dem annehmenden Teile kraft allgemeiner Normen ein Anfechtungsrecht zusteht, eine Anfechtung durch beide Ehegatten zugleich möglich.[1]) Für den erblassenden Teil richtet sich die Anfechtung nach den §§ 2078, 2079, für den anderen dagegen können, weil er ja nicht „verfügt", nur die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Anfechtung von Willenserklärungen überhaupt in Betracht kommen.[2])

Was zweitens die Anfechtungsgegner betrifft, so kann dies beim gem. T. zunächst negativ gemäß Obigem niemals der andere Ehegatte sein. Vielmehr kommt als Anfechtungsgegner, weil nach dem Tode eines Ehegatten nur noch solche Verfügungen in Betracht kommen, durch welche Dritten etwas zugewendet wird (§ 2270[3],) nur das Nachlaßgericht nach § 2281[2] in Betracht. Beim Erbvertrage dagegen ist Anfechtungsgegner eine verschiedene Person, je nachdem die Anfechtung bei Lebzeiten oder nach dem Tode des anderen Ehegatten erfolgt. Im ersteren Falle ist es auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 143 II der andere Ehegatte als Vertragsgegner. Im zweiten Falle dagegen erfolgt die Anfechtung einer zu gunsten eines Dritten getroffenen Verfügung, also, weil von den vertragsmäßigen Verfügungen dann überhaupt nur noch solche denkbar sind, die Anfechtung überhaupt dem Nachlaßgerichte gegenüber.[3])

[1]) Die Vertreter der Theorie des Doppelgeschäfts aber sprechen konsequent dem annehmenden Teile jedes Anfechtungsrecht ab.

[2]) vgl. Planck, l. c. S. 528, 1.

[3]) Frommhold dagegen l. c. S. 253 betrachtet den Dritten, „welchem das Nachlaßgericht die Erklärung mitteilen soll", als materiellen Anechtungsgegner und sieht in dem Nachlaßgerichte „nur die formale Adresse" der Anfechtung.

Anfechtungsobjekt sind beim gem. T. die im Einzelfalle als korrespektiv anzusehenden Verfügungen, beim Erbvertrag dagegen die vertragsmäßigen Verfügungen als solche.

Unter welchen weiteren Voraussetzungen aber das Anfechtungsrecht zu gewähren ist, ist für das gem. T. zweifelhaft. Man kann hier zwischen Anwendung der Bestimmungen der §§ 2082 fg., welche für die Anfechtung durch die Erbinteressenten gelten und denen der §§ 2282 fg. schwanken. Aber man wird sich wohl für letzteres entscheiden müssen, weil es doch der verfügende Ehegatte selbst ist, der seine Verfügungen anfechtet.[1])

Sowohl gem. T. als Erbvertrag[2]) können nach dem Tode der Ehegatten nach § 2080 von denjenigen Personen angefochten werden, welchen die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zu statten kommen würde. Beim Erbvertrag aber steht das Anfechtungsrecht der Erbinteressenten nach § 2285 materiell mit dem des verfügenden Ehegatten selbst in dem Zusammenhange, daß es von diesen nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn es der Erblasser selbst zur Zeit seines Todes verwirkt hatte. Für das gem. T. dagegen ist zu unterscheiden, ob es sich um die Verfügungen des verstorbenen oder des überlebenden Ehegatten handelt. Im ersteren Falle steht denselben naturgemäß ein unabhängiges Anfechtungsrecht zu, im zweiten Falle dagegen wird man wohl in gleicher Weise wie beim Erbvertrage die Vorschriften des § 2285 in Anwendung bringen müssen; denn dann kann es ihnen unmöglich gestattet sein, eine Verfügung umzustoßen, die der überlebende Ehegatte, der sie getroffen hat, selbst gelten lassen muß.

Ein fernerer streitiger und daher nur evtl. unterschiedlicher Punkt betrifft die Anfechtungsgegnerschaft beim Erbvertrage; da behaupten die einen, u. a. Frommhold,[3]) daß

[1]) Die Litteratur spricht sich hierüber nicht aus; auch Strohal erwähnt nur analoge Anwendung des § 2281,2.

[2]) Denn für den Erbvertrag finden „die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften" entsprechende Anwendung. § 2279,1.

[3]) Frommhold, l. c. S. 253,4.

bei jedem Erbvertrage, auch bei dem zu Gunsten Dritter, Anfechtungsgegner der andere Vertragschließende auch für die Erbinteressenten sei, während andere, wie Strohal[1]) dafür halten, daß die für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen geltenden Vorschriften der §§ 2080 fg. in gleicher Weise zur Anwendung zu bringen sind.[2]) Hellwig[3]) ist der gleichen Meinung, stößt aber bei einem Vermächtnisvertrage zu Gunsten Dritter deshalb auf Schwierigkeiten, weil in den angeführten Paragraphen die Anfechtung eines letztwilligen Vermächtnisses überhaupt keine Erwähnung findet. Er gelangt jedoch auf einem besonderen Wege durch § 143 zu einem zwar theoretisch verschiedenen, aber praktisch gleichen Resultate. U. E. aber ist kein Grund vorhanden, das Recht der Anfechtung letztwilliger Verfügungen nach § 2279[1] nur da zur Anwendung zu bringen, wo sich direkt ausdrückliche für diese geltende Vorschriften finden, die aber mangels solcher hier wie dort notwendig werdende Anwendung der allgemeinen Grundsätze dagegen, wie es Hellwig l. c. thut, in besonderer und verschiedener Weise zu begründen. Daher entscheiden wir uns auch für die Meinung Strohals, wonach die Anfechtung vertragsmäßiger Verfügungen durch die Erbinteressenten in jeder Beziehung ebenso zu beurteilen ist wie die der letztwilligen.

So gelangen wir denn zu dem Ergebnis, daß zwischen beiden Geschäften zwar ein erheblicher Unterschied in Zulässigkeit der Anfechtung überhaupt besteht, daß dagegen eine Abweichung in den Voraussetzungen und in der Art und Weise der Geltendmachung nach unserer Meinung nicht anerkannt werden kann.[4])

Es erübrigt noch, die Aufhebung durch einseitige letztwillige Verfügung, also im Gegensatz zu den oben behandelten

[1]) Strohal, l. c. S. 197,2.

[2]) Auch Planck (l. c. S. 528,3a) und Kipp (l. c. S. 325 β).

[3]) Hellwig, l. c. S. 665.

[4]) In Konsequenz dieser Meinung erklären wir uns auch für Zulässigkeit der Bestätigung eines anfechtbaren Testamentes durch den überlebenden Ehegatten nach den für den Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2284.

rechtsgeschäftlichen Akten durch Rechtsgeschäfte mit an sich selbständigem Inhalte[1]) ins Auge zu fassen. Eine derartige Aufhebung ist beim gem. T. unzulässig, indem § 2271, I, 2 ausdrücklich sagt, „durch eine neue Verfügung von Todeswegen, kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben". Strohal[2]) allerdings will daraus als Gegensatz entnehmen, daß eine Aufhebung durch eine mit Zustimmung des anderen Ehegatten getroffene einseitige letztwillige Verfügung gestattet sei; ihm treten jedoch Frommhold,[3]) Endemann[4]) und Planck[5])[6]) gegenüber, indem sie als Gegensatz zu „nicht einseitig" zweiseitige Verfügungen von Todeswegen, also gem. T. und Erbvertrag, auffassen. Ihnen wird beizupflichten sein; denn bei Strohals Auffassung würde sich, da ja das Gesetz zufolge der allgemeinen Grundsätze, die hier Platz greifen müßten, eine Form für die Zustimmung nicht verlangt, eine höchst unsichere Rechtslage ergeben, es würde jeder sichere Anhalt für die rechtliche Wertung einer neuen einseitigen Verfügung fehlen und damit ein häufiger Anlaß zu Prozessen gegeben sein. Das gem. T.[7]) kann daher auch nach u. M., unabhängig von einem Widerrufsrecht, durch spätere einseitige Verfügungen von Todeswegen unter keinen Umständen aufgehoben werden. Gegenteiliges aber trifft für den Erbvertrag zu. § 2291 verstattet nämlich dem erblassenden Teile einen Vermächtnis- oder Auflagevertrag, ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Rücktrittsrecht zusteht, durch Testament aufzuheben; aber eine derartig errichtete Verfügung hat gegenüber der ver-

[1]) Daher ist hier nicht die Rede von Ausübung des Rücktritts bezw. Widerrufs (vgl. §§ 2298,2 S. 3 bezw. 2271,2) in Form letztwilliger Verfügungen. Denn hier ist Aufhebungsgrund ja diese nicht als solche.

[2]) Strohal, l. c. S. 186.

[3]) Frommhold, l. c. S. 243.

[4]) Endemann, l. c. III § 45. Anm. 18.

[5]) Planck, l. c. S. 504b.

[6]) Auch Kipp, l. c. S. 315, Abs. II.

[7]) Selbstverständlich handelt es sich hier nur um korrespektive Verfügungen.

tragsmäßigen diese Kraft nur, wenn der andere Teil seine Zustimmung in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt.[1])

Diese Zustimmung aber kann, wenn der andere Ehegatte unter Vormundschaft steht, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gültig erklärt werden. Ist er dagegen der elterlichen Gewalt unterworfen, so ist weder die Genehmigung der Eltern noch des Vormundschaftsgerichts erforderlich.[2]) Eine solche zweiseitige Aufhebung durch einseitige letztwillige Verfügung des erblassenden Teiles ist jedoch nur bei Vermächtnis- und Auflageverträgen gestattet (§ 2291, I, 1); Erbeinsetzungsverträge dagegen stehen in dieser Hinsicht unter den gleichen Regeln wie die korrespektiven Verfügungen eines gem. T., d. h. sie können unter keinen Umständen durch Einzeltestament entkräftet werden.

Die Möglichkeit einer zweiseitigen Aufhebung durch ein unter im Uebrigen gleichen Voraussetzungen späteres homogenes zweiseitiges Geschäft aber ist als solche für beide Institute gegeben. Denn es entspringt ohne weiteres dem Wesen des Rechtsgeschäftes, daß eine frühere Willenserklärung ceteris paribus durch eine spätere soweit überwunden wird, als sie mit dieser unverträglich ist. Aber die mögliche Beschaffenheit eines solchen mit aufhebender Kraft begabten zweiseitigen gleichartigen Geschäftes und sein Verhältnis zu dem aufgehobenen sind beim gem. T. und Erbvertrag verschieden.

Das gem. T. kann in dieser Weise nur durch ein späteres gem. T. aufgehoben werden, weil die Zweiseitigkeit desselben eben durch das Nebeneinandertestieren unter gleicher Form dargestellt wird; dementsprechend also kann auch die Aufhebung durch zweiseitiges Geschäft nur in der Weise erfolgen, daß beide Ehegatten in der gleichen Rolle wie vorher auftreten, beide als Verfügende. Nur in dem

[1]) Aus der ausdrücklichen Hinzufügung einer Formvorschrift für diese Zustimmungserklärung schließen wir per argumentum a contrario auf die Richtigkeit unserer Auffassung des „nicht einseitig" in § 2271, I, 2.

[2]) B. G. B. § 2291,II in Verbindung mit § 2290,III.

geänderten Inhalte also kommt die aufhebende Wirkung äußerlich zum Ausdruck.

Die Form des rechtsgeschäftlichen Zusammenwirkens der Ehegatten beim Erbvertrage dagegen ist Vertrag. Demgemäß muß also auch das aufhebende Geschäft ein Vertrag sein; aber dieser ist nicht notwendig immer ein neuer Erbvertrag, wie das ein gem. T. aufhebende zweiseitige Geschäft ein gem. T. sein muß. Vielmehr kann er verschiedenartigen Charakters sein. Er ist zunächst allerdings als neuer Erbvertrag denkbar, mit neuen, vertragsmäßigen Verfügungen, welche die entgegenstehenden früheren von selbst beseitigen. Aber dies ist keineswegs notwendig, vielmehr kann ein aufhebender späterer Vertrag sich auch als eine rein negative farblose Vereinbarung unter den Ehegatten darstellen, welche bloß auf Beseitigung der früheren vertragsmäßigen Verfügungen gerichtet ist.[1]) Im besonderen kann nun ein solcher Vertrag entweder bloß die Bindung des erblassenden Teiles aufheben, so daß die Verfügung bis zum freien Widerrufe bestehen bleibt oder aber das Ganze vernichten wollen.[2]) Charakteristisch für einen derartigen Vertrag ist, daß die Ehegatten in ihm im Gegensatze zu dem Entsprechenden beim gem. T. mit veränderten Rollen auftreten. Derjenige Teil, welcher früher als Erblasser auftrat, nimmt jetzt zurück, der acceptierende Teil dagegen läßt die Verfügung, die er vorhin ergriffen hat, wieder los. Daher sind nun auch die persönlichen Voraussetzungen eines aufhebenden Erbvertrages für die Ehegatten andere,[3]) als die eines begründenden. Der erblassende Teil kann jetzt, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein sollte, aus eigener

[1]) B. G. B. § 2290.

[2]) Ein solcher Vertrag ist im Sinne der Testamentstheorie wiederum als ein Doppelgeschäft aufzufassen, welches in die Befreiung des Erblassers von dem Widerrufsverzicht und den Widerruf der Verfügung durch diesen zerfällt.

[3]) Unter Umständen können allerdings auch beim gem. T. für das aufhebende, mit Rücksicht auf § 2253,II geringere persönliche Fähigkeit und Voraussetzungen genügen.

Kraft handeln, während der andere, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und unter Vormundschaft steht, anders als vorher, ohne besondere Prüfung des Einzelfalles der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf.

Bei dem Erbvertrage ist also die aufhebende Wirkung nicht bloß in seinem Inhalte, sondern auch in den rechtsgeschäftlichen Funktionen der Ehegatten selbst erkennbar. Zum Schlusse bleiben nun noch einige Worte über den nur kraft vermutenden Willens eintretenden Wegfall einzelner Verfügungen zu sagen. Da ein solcher hauptsächtlich unter dem Gesichtspunkte der Korrespektivität (im engeren Sinne) und des vertraglichen Zusammenhangs in Betracht kommt, so können wir auf die oben S. 46 fg. darüber gemachten Ausführungen verweisen. Hier braucht daher nur noch darauf hingewiesen zu werden, daß beim gem. T. von der Unwirksamkeit korrespektiver Verfügungen niemals die gewöhnlichen mitbetroffen werden, soweit nicht der Unwirksamkeitsgrund in allgemeinen, das gem. T. als solches betreffenden Voraussetzungen liegt, daß dagegen beim Erbvertrage eine durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch einen neuen Vertrag herbeigeführte Unwirksamkeit des vertragsmäßigen, also dem korrespektiven dort entsprechenden Inhaltes sich auch auf die nach § 2299, I in den Erbvertrag mit aufgenommenen einseitigen letztwilligen Verfügungen erstreckt, „sofern nicht ein anderer Wille“ der Ehegatten „anzunehmen ist“.

Litteratur.

1. Beseler, Lehre von den Erbverträgen. 1825.
2. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. Jena 1900.
3. Dernburg, Pandekten. Bd. III.
4. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III. Berlin 1899.
5. Enneccerus & Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. II. Marburg 1900.
6. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1898.
7. Frommhold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, II. Teil. Das Erbrecht. Berlin 1900.
8. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Stuttgart 1897.
9. Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1869.
10. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
11. Hendrichs, Die rechtliche Natur des gem. Test. nach d. B. G. B. Rost. Diss. 1901.
12. Jacobi, Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 35. S. 1 fg.
13. Loewenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
14. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Berlin 3. und 4. Aufl. 1900.
15. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. Berlin 1899.
16. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Lief. 17. Berlin 1901.
17. Scherer, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Buch V. Erlangen 1900.
18. Schiffner, Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899.
19. Strohal, Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1901.
20. Wilke, Reatz, Koffka, Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz. Bd. V. Berlin 1900.
21. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. bes. v. Kipp. Bd. III. Frankfurt 1901.